

CARTELES ECONÓMICOS Y DERECHO PENAL

Análisis político-criminal de los acuerdos horizontales restrictivos de la competencia (*hard core cartels*)

Regina Helena Fonseca Fortes Furtado

TESIS DOCTORAL UPF / 2015

DIRECTORES DE LA TESIS

Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Departamento de Derecho)

Dr. David Felip i Saborit (Departamento de Derecho)

*A mi abuelo Mozart Furtado Nunes†
Fundador, Director y Profesor de la
“Faculdade de Medicina do Triângulo Mineiro”
Minas Gerais/Brasil*

AGRADECIMIENTOS

Esta tesis doctoral solamente se ha podido realizar gracias a la incidencia que sobre mí han tenido muchas personas en el ámbito académico, laboral y personal. Primeramente, en el ámbito académico mis agradecimientos van dirigidos a mis directores de tesis, prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Jesús-María Silva Sánchez* y prof. Dr. *David Felip i Saborit*. Se puede afirmar que dirigir una tesis doctoral es, en gran medida, hacer llegar a buen puerto la investigación. Teniendo presente esta conocida cita de *Séneca*, puedo afirmar que en la Universitat Pompeu Fabra he encontrado las mejores condiciones de viento para impulsar la investigación. En los momentos difíciles conté con el apoyo y con las imprescindibles correcciones de ruta; pero debo agradecerles algo más a mis directores de tesis, debo agradecerles que me hayan brindado su confianza, reconociéndome sobre todo *la libertad del investigador*.

Debo mencionar también mi agradecimiento a los profesores *José Massaguer Fuentes* (Derecho Mercantil, UPF), *Massimo Motta* (Departamento de Economía, UPF), *Jonathan Galloway* (Newcastle Law School), *Alessandro Corda* (Università degli studi di Pavia y New York University); *Pablo Rando Casermeiro* (Universidad de Sevilla) y *Sergio Seminara* (Università degli studi di Pavia). Al profesor Seminara y a su mujer Suzane les agradezco la hospitalidad con que me recibieron durante una corta instancia de investigación en la Università degli studi di Pavia, que se hizo posible merced al programa de ayuda a la investigación “EBES Estades 2011”, del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra. Por otro lado, no puedo dejar de expresar mi gratitud a mi querido maestro brasileño prof. Dr. *Antônio Luís Chaves de Camargo (in memoriam)*, de la Universidad de São Paulo, por el apoyo y estímulo constante. Aún a nivel académico, quiero agradecerles a los profesores del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra la amabilidad con que me recibieron y trataron. Por fin, agradezco a *María Lluïsa Garcia Sabaté*, *Adela Mulà* y *Mar de Haro* la inestimable ayuda con los trámites académicos desde la secretaria del Departamento.

En el ámbito laboral, debo dejar constancia de mis agradecimientos a *Fernando Grella Vieira*, fiscal general del Ministerio Público de São Paulo, que autorizó

mi excedencia de la carrera fiscal, durante dos años, para la elaboración de la tesis.

A nivel personal quiero agradecer a la *Dra. Cristina Orso –por su entrañable amistad y por las carreras-*; a los fiscales *Arthur Pinto de Lemos Júnior* y *William Terra*; a mis compañeros de estudios *Felipe de la Fuente, Iván Navas, Jesús Becerra Briceño, Lorena Varela, Marília Preto Basseto* y *Rodrigo Silva Medina*, por las lágrimas y las risas –especialmente por estas últimas-. También deseo expresar mi sentida y sincera gratitud a mi familia, en especial a mis padres, *Luiz Roberto* y *Gislaine (que no ha podido ver finalizada la tesis)*, a mis hermanos *Ana Luiza* y *Mozart* y a mi querida hija *Isadora Fortes Barbosa*, que compartió las dificultades de esta investigación e hizo más alegre nuestra estancia en Barcelona. Por fin, agradezco a *Miguel Ángel Presno Linera* a quien conocí a mitad de camino de la tesis, pero con quien quiero compartir –corriendo- toda la vida.

RESUMEN

La presente investigación se centra en el análisis político-criminal de las conductas de los carteles económicos de núcleo duro; por consiguiente, se toma en consideración la pertinencia de la eventual extensión de la ley penal a esta clase de comportamientos anticompetitivos. Se pretende saber si los carteles duros (acuerdos anticompetitivos, decisiones o prácticas concertadas entre empresas en un mismo escalón del mercado para restringir o eliminar la competencia a través de la fijación de precios, el amaño de licitaciones, el establecimiento de restricciones o cuotas de producción y la división o reparto de mercados) encajan, o no, en algún tipo de injusto. A título de conclusión añadiremos propuestas *de lege ferenda* con el objetivo de perfeccionar la protección de la competencia en este ámbito.

ABSTRACT

The present investigation is precisely centered on the criminal policy's analysis of the trend towards criminalization of hard core cartel conduct and to consider the appropriateness of extending the criminal law to this type of anticompetitive behavior. What is sought is to know if such anticompetitive behavior (anticompetitive agreements, concerted practices, or arrangements by competitors in the same market ladder to fix prices, make rigged bids, establish output restrictions or quotas, or share or divide markets) is criminalized in Spain; and as a conclusion, it adds up proposals *de lege ferenda*, aiming at the improvement of the criminal protection of competition.

PRÓLOGO

Esta tesis es el resultado del programa de Doctorado en Derecho penal y Ciencias penales de la Universitat Pompeu Fabra, de Barcelona/España, que inicié en el bienio 1998/2000. En el año 2005 y bajo la dirección del Prof. Dr. *David Felip i Saborit* presenté la tesina “La contaminación como delito en el Derecho comparado Brasil-España” y obtuve el DEA – Diploma de Estudios Avanzados. Pese a que los objetivos de la tesina estaban principalmente orientados a analizar cuestiones dogmáticas y de política-criminal que han surgido con ocasión de la tipificación del denominado delito ecológico en España, tal hecho fue el punto de inflexión para la ampliación del análisis a temas de Derecho penal económico y, de entre ellos, la protección penal de la competencia económica.

Bajo la dirección del Dr. Dr. h. c. mult. Jesús-María Silva Sánchez y del Dr. David Felip i Saborit empecé la investigación sobre los carteles económicos de núcleo duro y la protección penal de la competencia. Debo dejar constancia de algunos factores que influyeron en la elección del tema de la tesis: el trabajo que desarrollé junto al Grupo Especial de Delitos Económicos -GEDEC-, en la fiscalía de São Paulo, con relación al cartel de las empresas proveedoras de alimentos a las escuelas públicas; además de haber sido invitada por el Ministerio de Justicia de Brasil para formar parte de la ENACC -Estrategia nacional de combate a los carteles-, que tenía como principal objetivo el combate a los carteles en licitaciones relacionadas con las obras de infraestructura para la Copa del mundo de fútbol de 2014.

Concluido el periodo lectivo del doctorado y con la obtención del DEA, tras algunas breves estancias de investigación en España que no pudieron extenderse por motivos laborables y familiares, no fue hasta el periodo de 2011/2015 cuando pude dedicarme a la redacción de la tesis que ahora presento.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	iv
RESUMEN	vi
PRÓLOGO	viii
INTRODUCCIÓN	20

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROHIBICIÓN DE LOS CARTELES ECONÓMICOS DE NÚCLEO DURO (HARD CORE CARTELS)

I. <i>APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA COMPETENCIA</i>	32
I.1 <i>Introducción</i>	32
I.2 <i>Los sistemas de Economía de mercado y la libre competencia</i>	32
A) La Escuela clásica y la competencia pura o perfecta	37
B) Los mercados reales y la competencia imperfecta	39
C) La competencia viable (Workable Competition)	40
D) Los supuestos de competencia imperfecta: carteles, monopolios, oligopolios y competencia monopolística	42
I.3 <i>Las funciones de la competencia</i>	45
A) Funciones político-económicas y político-jurídicas de la competencia ...	45
B) Funciones asignadas a la competencia en épocas de crisis económica	48
II. <i>LOS PRINCIPALES SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: EUROPA Y ESTADOS UNIDOS</i>	50
II.1 <i>El antitrust norteamericano</i>	50
A) La <i>Sherman Act</i> y la regla de la prohibición <i>per se</i>	50
B) Las <i>guidelines</i> y los programas de clemencia	54
II.2 <i>El competition policy europeo</i>	56
A) El Tratado de Roma de 1957 y la integración en un mercado común	56
B) El artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ...	56
C) Diferentes visiones sobre el poder de las empresas	58

II.3 Principales aspectos procesales de ambos sistemas	59
II.4 El punto discrepante: el uso de la sanción de prisión	63
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROHIBICIÓN DE CARTELES DE NÚCLEO DURO	66
III.1 Introducción	66
III.2 Qué son, cómo operan y qué daños causan los carteles de núcleo duro ..	66
A) Los acuerdos horizontales contrarios a la competencia	69
B) Mecanismos y técnicas de colusión en las licitaciones	75
C) Cómo se generan los carteles: El instinto cooperativo	82
D) Los daños ocasionados por los acuerdos horizontales anticompetitivos ..	84
III.3 Carteles de núcleo duro y normativa administrativa de protección de la competencia	90
A) El art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada	90
B) Las decisiones de las asociaciones como acuerdos entre sus miembros y la cooperación informal como práctica concertada	92
C) Acuerdos entre empresas de un mismo grupo	93
D) El objetivo de impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia.....	93
E) Las infracciones de poca monta y el principio <i>de minimis</i>	94
F).Nulidad y exenciones de los acuerdos colusorios	95
IV. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE	97

SEGUNDA PARTE

PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA COMPETENCIA: MODELOS DE CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO

I. MODELOS DE CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO	102
I.1 Modelos europeos de criminalización de los carteles de núcleo duro	102
A) Modelo de la no-criminalización: Suecia, Suiza e Italia	107
B) Modelo de criminalización parcial: Alemania, Austria y Hungría	109
C) Modelo de criminalización total o amplia: Reino Unido y Francia	113
I.2 La criminalización de los carteles en otros ordenamientos jurídico-penales.....	117
A) Estados Unidos	117
B) Australia y Canadá	121

C) Brasil y Chile	121
C) Japón y Corea del Sur	125
D) México	126
II. <i>LOS CARTELES COMO EXPRESIÓN DE LA MACROCRIMINALIDAD: APUNTES CRIMINOLÓGICOS</i>	128
II.1 <i>Introducción</i>	128
A) Las notas definidoras de la macrocriminalidad económica	128
B) Complejidades en la criminalización de los carteles: una historia de ambigüedad en Europa	131
C) El abuso del poder económico y la cifra dorada de la criminalidad	134
III. <i>CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE</i>	139

TERCERA PARTE

ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO: NECESIDAD, IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

I. <i>RACIONALIDADES EN TORNO A LOS CRITÉRIOS POLÍTICO- CRIMINALES</i>	144
I.1 <i>Introducción</i>	144
I.2 <i>Premisas metodológicas</i>	144
A) La Teoría de la Legislación y su aplicación a la política-criminal	145
B) Elección racional y principios penales: los cinco niveles de racionalidad propugnados por la Teoría de la legislación	146
II. <i>ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO: MERECIMIENTO Y NECESIDAD</i>	154
II.1 <i>Principio de intervención mínima y la racionalidad ética</i>	154
A) Merecimiento de pena, intervención mínima y reprobación ético-social de las conductas de carteles de núcleo duro	154
B) Función simbólico-pedagógica del Derecho penal	159
C) La insuficiencia de la lógica binaria	162
II.2 <i>Ultima ratio y finalidad de protección del bien jurídico</i>	162
A) Prevención técnica <i>versus</i> Derecho penal	163
B) Los subconjuntos borrosos, sus intersecciones y el flujo de conductas entre ellos	164
C) Los fenómenos de expansión y aproximación de los subconjuntos	166
D) Los déficits de detección e investigación de los carteles de núcleo duro ...	170

E) Las multas administrativas y la infra-protección del bien jurídico	173
F) Paraísos penales y elección selectiva de países donde delinquir	196
II.3 <i>Principio de subsidiariedad: ajustando la realidad a los objetivos o fines de protección</i>	198
A) El nivel externo del principio de subsidiariedad del Derecho penal y la racionalidad pragmática	199
B) Las variables que integran el Análisis Coste-Beneficio (ACB)	201
C) Beneficios para la sociedad en general: efectividad del sistema, eficacia del sistema, otros beneficios sociales	203
D) Beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general..	214
E) Los costes del sistema punitivo para la sociedad en general, para las víctimas y los infractores	221
III. <i>LA DIMENSIÓN TRANSVERSAL DE LA EFICIENCIA</i>	227
III.1 <i>Introducción</i>	227
A) La eficiencia que permea las racionalidades	227
B) El poder disuasorio del Derecho penal en jaque	228
C) Balance global en términos de eficiencia	232
IV. <i>ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL: PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO</i>	233
IV.1 <i>La proporcionalidad en sentido estricto</i>	233
A) Concepto de proporcionalidad en sentido estricto	233
B) La falta de coherencia de las penas previstas para los tipos de injusto de alteración de precios	235
C) Proporcionalidad en sentido estricto en los delitos de carteles de núcleo duro.....	236
V. <i>CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE</i>	238

CUARTA PARTE

EL TIPO DE INJUSTO DE CARTELES: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

I. <i>¿ESTÁN CRIMINALIZADOS LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO EN ESPAÑA?</i>	244
I.1 <i>Introducción</i>	244
I.2 <i>Los carteles económicos y los tipos de injusto de alteración de precios...</i>	244
A) La concertación del art. 262 CP	244
B) La libre competencia y el art. 284.1 CP	247

C) Dibujando el tipo de injusto de carteles de núcleo duro a partir del art. 284 CP.....	248
II. <i>CONCLUSIONES DE LA CUARTA PARTE – PROPUESTAS DE LEGISFERENDA</i>	263
CONCLUSIONES FINALES	270
<i>BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA</i>	276
<i>TABLA DE SENTENCIAS Y DECISIONES</i>	328

ABREVIATURAS

§, §§: párrafo, párrafos
AA.VV.: Autores varios
ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AER: *American Economic Review*
ALJ: *Antitrust Law Journal*
Am. Sociol. Rev.: *American Sociological Review*
Antitrust Bull.: The Antitrust Bulletin
AP: Actualidad Penal
aptdo.: apartado
art., arts.: artículo, artículos
AT: *Allgemeiner Teil* (Parte General)
Aufl.: *Auflage* (edición)
AUF-SG: *Annuario Università Ferrara – Scienze Giuridiche*
BOE: Boletín Oficial del Estado
BT: *Besonderer Teil* (Parte Especial)
Cal. Law Rev.: *California Law Review*
Cap.: capítulo
CBLR: *Columbia Business Law Review*
Cc: Código civil
CC: *Critical Criminology*
CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial
CE: Constitución Española
CEE: Comunidad Económica Europea o Comunidad Europea
Cfr.: confróntese
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CLR: *Cardoso Law Review*
CNC: Comisión Nacional de Competencia
CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
Com.: Comisión Europea
Comp.: Competencia
Coord./s: coordinador /es
CP: Código Penal
CPB: Código Penal Brasileño
CPC: Cuadernos de Política Criminal
Dec.: Decisión
DGCOMP: Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
Dir.: Director
DOCE: Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOJ: *Department of Justice*
DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea
ECJ: *European Competition Journal*
E.C.L.R.: *European Competition Law Review*

ed.: edición
 Ed., Eds.: Editor, editores
 etc.: etcétera
 Expte.: Expediente
 fasc.: fascículo
 FJ.: Fundamento Jurídico
 FS: *Festschrift* (Libro homenaje)
 FTC: *Federal Trade Commision*
 GA: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*
 Geo.Wash.L.Rev.: *George Washington Law Review*
 GWB: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung*
 HLJ: *Hastings Law Journal*
 HLR: *Harvard Law Review*
 Hrsg.: *Herausgeber* (Editor)
 IRLE: *International Review of Law and Economics*
 JEP: *Journal of Economic Perspectives*
 JFC: *Journal of Financial Crime*
 J.Pol.Econ.: *Journal of Political Economy*
 JZ: *Juristenzeitung*
 LDC: Ley de Defensa de la Competencia
 LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
 LH: Libro homenaje
 marg., margs.: marginal, marginales
 MLR: *Michigan Law Review*
 núm./nº: número
 OFT: *Office of Fair Trading*
 OWiG: *Gesetz über Ordnungwidrigkeiten*
 p./pp.: página /s
 par.: párrafo
 PE: Parte Especial
 PG: Parte General
 PLI: *Practising Law Institute*
 Polít. crim.: *Política Criminal*
 RDC: Reglamento de Defensa de la Competencia
 RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología
 RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
 Res.: Resolución
 RGD: Revista General de Derecho
 RIDP: *Revue Internationale de Droit Pénal*
 RIDPP: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*
 RTDPE: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale*
 s./ss.: siguiente /s
 SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
 StGB: *Strafgesetzbuch* (Código penal alemán)
 STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STPI: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/ SSTS: Sentencia /sentencias del Tribunal Supremo
t.: tomo
TECECA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TDC: Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI: Tribunal de Primera Instancia
TPLJ: *Trade Practices Law Journal*
TUE: Tratado de la Unión Europea
Tít.: título
trad.: traducción
TS: Tribunal Supremo
UE: Unión Europea
U.Pa.L.Rev.: *University of Pennsylvania Law Review*
Va. L. Rev.: *Virginia Law Review*
Val. U.L.Rev.: *Valparaiso University Law Review*
vol.: volumen

INTRODUCCIÓN – ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN, METODOLOGÍA, ESTRUCTURA Y OBJETIVOS

Introducción

La ciencia del Derecho puede entenderse como una interminable partida de ajedrez que va prosiguiendo de generación en generación, “donde cada autor se encuentra con las piezas en una determinada posición y, desde ella, ha de realizar una sola jugada –si es muy tenaz, quizá dos o tres movimientos- para ceder su puesto al siguiente”.¹ Si esto es así, la conclusión evidente que resulta es la siguiente: el secreto del buen jugador/jurista no es obsesionarse con conseguir la victoria, sino intentar mejorar la posición que ha recibido. Ciertamente, en unos casos será así, pero de todas formas hay que empezar por marcar la posición en el tablero de ajedrez; en nuestro caso, el tablero del Derecho penal.

La presente investigación se centra en el análisis político-criminal de las conductas anticompetitivas de los carteles² económicos de núcleo duro (*hard core cartels*). Somos conscientes de que el objetivo podría ser más ambicioso; como por ejemplo, la tarea - nada despreciable y aún pendiente de concreción en la actualidad- de sentar los pilares del Derecho penal de la competencia; sin embargo, hay que saber renunciar a las grandes ambiciones para concentrarse eficazmente en un objetivo alcanzable, aunque sea modesto. Así pues, a continuación vamos a aclarar cuál es el alcance de la investigación, la metodología que vamos a emplear, la estructura del trabajo y los objetivos que queremos alcanzar.

Alcance de la tesis: objeto, delimitación del tema y justificación del estudio

El objeto sobre el que recae nuestra investigación es el estudio de los *carteles económicos de núcleo duro*, que son acuerdos anticompetitivos para restringir

¹ Cfr. NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., Madrid, 2012, p. 23.

² Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ª edición, 2014, Voz: *cartel*. En la acepción económica no lleva tilde: “Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial”.

o eliminar la competencia a través de las siguientes conductas: (a) fijación de precios; (b) establecimiento de restricciones o cuotas de producción; (c) división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios, o líneas de comercio; (d) amaño de licitaciones.

Los acuerdos *verticales* se desarrollan entre empresas que se sitúan en diferentes eslabones del mercado, por lo que no forman parte de la presente investigación, pues no afectan directamente a la competencia. En estos supuestos las empresas no compiten directamente en el mercado como, por ejemplo, los acuerdos entre un proveedor y sus clientes. A esta clase de acuerdos no se aplica la regla de la ilicitud *per se*, sino la regla de la *rule of reason*, lo que significa que los efectos anticompetitivos deben ser probados caso a caso.

Lo que a los efectos de este trabajo nos interesa son las restricciones *horizontales* de la competencia, donde las empresas que se ponen de acuerdo operan en un mismo eslabón del mercado; es decir, los acuerdos tienen lugar entre empresas que, en teoría, compiten entre sí. Dichos acuerdos son considerados ilícitos *per se* en virtud de los efectos altamente anticompetitivos y los daños que causan a la economía, a los consumidores y a los demás competidores.

El Derecho de la competencia es la disciplina jurídica que se dedica al estudio de la formación y el contenido de las normas relacionadas con la competencia económica, las instituciones y los procedimientos previstos para su aplicación y las consecuencias de su incumplimiento. Se trata, por lo tanto, de una rama del Derecho que mantiene estrechos lazos con la Microeconomía. Dicha protección se extiende, además de a los comportamientos anticompetitivos de los carteles, a: a) los abusos de posición de dominio; b) las concentraciones económicas; y c) las ayudas públicas; que quedan fuera del ámbito de nuestra investigación, centrada únicamente en los carteles de núcleo duro.

La doctrina especializada se enfrenta a las conductas de los carteles de núcleo duro en una posición de combate a estas prácticas prohibidas y -siguiendo la tradición consolidada en los Estados Unidos-, de lucha contra el abuso del poder económico. Un clásico ejemplo es la Ley *Sherman*, aprobada para prevenir los abusos de los *trusts* —o grandes conglomerados de empresas-, de donde proviene la denominación Derecho *antitrust*; aunque el tratamiento jurídico de las colusiones se remonta a la época de la República romana, a la *Lex Julia Annona* del año 50 a.C.

En la actualidad, la defensa de la competencia económica ha pasado de ser una mera hipótesis a convertirse en dogma teórico y empírico. Un marco legal que favorezca la competencia supone ventajas para la sociedad, no solo económicas, sino técnicas, de eficiencia y de mayor bienestar frente a otras economías que no dispongan de tales mecanismos.

La finalidad de las próximas líneas es buscar puntos de conexión entre el fenómeno de la cartelización y el Derecho penal, a través del análisis político-criminal de dichas conductas. Hay que subrayar que para un sector de la doctrina es prácticamente irrealizable la utilización del Derecho penal en el ámbito de la Economía -tendencia muy arraigada, tanto en España como en Latinoamérica-;³ sin embargo, lo que se verifica a nivel internacional es una expansión del Derecho penal con una fuerte tendencia a la criminalización.⁴

Cabría argumentar que éste es un tema clásico del Derecho *antitrust* y que carece de peculiaridades en el ordenamiento jurídico-penal, por lo que pudiera pensarse que poco, o nada, cabe aportar ya a su construcción en un ámbito ajeno al Derecho de la competencia. Este argumento se puede rebatir, desde luego, con el hecho de que la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales contienen tipos de injusto de carteles o de carteles en licitaciones: Alemania, Australia, Austria, Brasil, Canadá, Chipre, Corea del Sur, Dinamarca, Estados Unidos, Estonia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Indonesia, Irlanda, Israel, Japón, México, Noruega, Nueva Zelanda, República Eslovaca, Sudáfrica, Tailandia y Zambia; y otros debaten su criminalización a raíz de recientes problemas, como en Chile.

Se trata, desde luego, de un tema integrado por diferentes ámbitos normativos:

1) *Comunitario*: El art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de

³ Cfr. BACIGALUPO, *Teoría y práctica del Derecho penal*, T. II, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, p. 1325, donde pone de relieve que “se trata de una postura que no encuentra sustento en ninguna de las posiciones teórico-jurídicas fundamentales que sirven de punto de partida a la Ciencia del Derecho Penal desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días.”

⁴ Sobre las causas de la expansión del Derecho penal cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. ampl., Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2011, pp. 11-82.

asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos;

2) *Constitucional*: El artículo 38 de la Constitución española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación;

3) *Administrativo*: El artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

4) *Penal*: Los tipos de injusto de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP) y alteración de precios que habrían de resultar de la libre concurrencia (art. 284.1 CP), que se insertan en el Título XIII del Código Penal

(Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico), son los que más se aproximan de lo que sería un tipo de injusto de carteles de núcleo duro.

Escribir una tesis doctoral sobre la criminalización de las conductas de carteles de núcleo duro se justifica, por lo tanto, además de por los factores ya apuntados, por el hecho de que no hay en lengua española un tratamiento monográfico del tema aparte de las excelentes obras de *Brage Cendán*⁵ y *Díez Estella*⁶, respectivamente, sobre delitos de alteración de precios y discriminación de precios en el Derecho de la competencia.⁷

El tema de los carteles económicos de núcleo duro apenas ha sido objeto de atención por parte de la doctrina penal. No obstante, no es que no haya habido falta de interés de los penalistas, sino que hasta fechas relativamente recientes no se reclamaba una intervención más amplia y decisiva en este ámbito. Sin embargo, el Derecho penal económico, de manera general, experimentó un impulso decisivo con la entrada en vigor del Código penal de 1995, principalmente en lo que se refiere a propiedad industrial, protección del mercado y de los consumidores, información privilegiada, manipulaciones en los mercados financieros, etc. Todo ello pone de manifiesto la ineludible existencia de factores que justifican un análisis más detallado y actualizado de esta temática.

Metodología

El método elegido para la realización del presente trabajo tiene marcadas diferencias con el que es usual en la interpretación dogmática del Derecho vigente, pues tomamos como punto de partida el fenómeno de los carteles económicos de núcleo duro. En este contexto, la mera comparación normativa o la recepción de sistemas legales extranjeros carecerían de toda transcendencia práctica. Por este motivo, nos valemos de la microcomparación, que analiza

⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios. Especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP*, Granada, 2001.

⁶ Cfr. Díez ESTELLA, *La discriminación de precios en el Derecho de la competencia*, Madrid, 2003.

⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal de los carteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho español y de la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ TERUELO/ GONZÁLEZ TASCÓN/VILLA SIEIRO, (dirs.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, p. 78, donde el autor señala que “llama la atención el escaso número de trabajos en *España* relativos a la intervención del Derecho penal en materia de Defensa de la competencia y, más en concreto, sobre la necesidad de castigar penalmente conductas restrictivas de la misma, especialmente los denominados carteles”.

partes pequeñas del Derecho dentro de una misma rama (Derecho Penal), para el estudio de instituciones singulares (carteles duros).

Se trata de efectuar una investigación político-criminal de las conductas colusorias de los cárteles de núcleo duro, donde el observador mira desde fuera y puede utilizar incluso una óptica básicamente divergente de lo que ve. A mayor abundamiento, el análisis político-criminal que extrapola el Derecho penal vigente es plenamente válido, máxime teniendo en cuenta que la problemática se produce como consecuencia, por un lado, de las diferentes reacciones que una sociedad concreta puede tener frente a dichos fenómenos y, por el otro, de la existencia de una tendencia a la criminalización impulsada por variados factores; principalmente, la americanización o europeización de la legislación penal fruto de la globalización económica y de la necesidad de respuestas uniformes a cierto tipo de conductas ilícitas.

Para valorar este ámbito de la actividad humana, lo primero que tendríamos que saber es si los modelos de protección penal existentes en la actualidad se basan en suficiente material empírico en que se hayan advertido repeticiones de conductas o proliferación de comportamientos que, tanto por el objeto y la dirección del ataque, como por su frecuencia e intolerabilidad, justifiquen el recurso al Derecho penal como *ultima ratio* de la política social.

Tal punto de inflexión nos obliga a formular una observación metodológica: ¿se trataría de una nueva esfera de criminalización? Suponiendo que en algún momento han debido comprobarse serias insuficiencias de los tipos penales clásicos (como, por ejemplo, el tipo de injusto de estafa), se puede decir que sí, que se trata de un nuevo ámbito penal, lo que llevaría a sancionar estas nuevas formas de comportamientos que perturban la vida económica y cuya penalización se puede estimar inevitable, incluso bajo la advocación del principio de intervención mínima que, con razón, se considera uno de los criterios rectores de la política-criminal. Nos pareció adecuado optar por el método que propone *Atienza* en su Teoría de la Legislación,⁸ pues la investigación se mueve en el terreno pre-legislativo y la inserción de niveles de racionalidad amplía el debate político-criminal.

Estructura y contenido de la tesis

⁸ Cfr. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997, *passim*.

El trabajo se ha estructurado en cuatro apartados subdivididos en capítulos, al final de los cuales hemos insertado breves conclusiones parciales; y un quinto y último apartado, en el que se recogen las conclusiones finales de la investigación. Se abordan los siguientes temas en cada uno de ellos:

(1) *Fundamentos jurídicos de la prohibición de los carteles económicos duros*: en la primera parte se introducen los conceptos previos necesarios para la comprensión del tema, tales como los de competencia perfecta, imperfecta y viable; los supuestos de competencia imperfecta (monopolios, oligopolios, carteles y competencia monopolística); una breve explicación sobre los dos grandes sistemas de protección de la competencia (el Derecho *antitrust* norteamericano y el *Competition Policy* europeo); y un apartado sobre los fundamentos jurídicos de la prohibición de las conductas de carteles de núcleo duro. Sentados los conceptos fundamentales nos adentramos en temas de Derecho penal;

(2) *La protección jurídico-penal de la competencia: modelos de criminalización de los carteles de núcleo duro*: en este momento, ya con el bagaje introductorio, entramos en el tema de la criminalización de los carteles de núcleo duro. No se trata de comparar ordenamientos jurídicos sino de agruparlos según modelos de criminalización: (a) no-criminalización; (b) criminalización parcial (países que criminalizan carteles en licitaciones); y (c) criminalización amplia o total (países que criminalizan todas las conductas de carteles de núcleo duro). Vistos los modelos de criminalización existentes en la actualidad, pasaremos al enfoque criminológico del fenómeno de la cartelización con el análisis de las principales características de la macro criminalidad económica en la que se insertan los carteles, las complejidades del tema de la criminalización en Europa, las cifras doradas de la criminalidad económica, etc.

(3) *Análisis político-criminal: merecimiento y necesidad de pena*. En la tercera parte es donde se concentra el análisis político-criminal de las conductas de carteles de núcleo duro y allí nos ocuparemos de los criterios de necesidad, merecimiento y proporcionalidad. El análisis político-criminal se llevará a efecto a través de la aplicación de los niveles de racionalidad propugnados por la Teoría de la legislación: ético, teleológico y pragmático, a los principios penales de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho penal. El análisis político-criminal se complementa con la proporcionalidad en sentido estricto. Se trata de un balance de lo que sería una respuesta penal proporcionada en términos comparativos con otros tipos penales.

(4) *Análisis dogmático de los tipos penales y propuestas de alteración.* En la cuarta parte del trabajo, partiendo de las conclusiones extraídas del análisis político-criminal, volvemos la mirada a los tipos de injusto de alteración de precios (arts. 262 y 284.1 CP), con el objetivo de verificar cuál es el rendimiento de dichos tipos penales de cara a la protección de la competencia y si se puede adaptarlos con vistas a la criminalización de los carteles de núcleo duro en España.

(5) *Conclusiones.* A título de cierre de la tesis, un apartado donde se recogen las conclusiones finales del trabajo.

Fuentes o medios materiales

Debe señalarse que el objeto de estudio ha condicionado las *fuentes o medios materiales* empleados para la investigación. Por lo que respecta a fuentes normativas, hay que tener en cuenta que existe una regulación sistemática en el ámbito administrativo a través de la normativa de protección de la competencia (Derecho de la Competencia).

En el ámbito penal contamos con los manuales y las bases de datos de jurisprudencia, además del manejo de la bibliografía y jurisprudencia de los países del *Common Law*, que es imprescindible, pues criminalizan las colusiones. También hemos utilizado las bases de datos informáticos de las autoridades de competencia, de la Comisión Europea, de la OCDE y de otros órganos internacionales; publicaciones gubernamentales, documentos de trabajo, tesis doctorales y artículos o publicaciones especializadas sobre el tema que están disponibles por vía electrónica. Para sistematizar y facilitar la consulta, al final de la tesis añadimos tablas de decisiones y sentencias y la bibliografía consultada.

Objetivos y propuestas

El esfuerzo que se hace tiene por finalidad: a) efectuar un análisis político-criminal de las conductas de carteles de núcleo duro; b) ofrecer respuestas a los problemas dogmáticos que derivan de la actual redacción de los tipos penales de los artículos 262 y 284.1 del Código Penal; c) realizar propuestas *de lege ferenda*.

Las partes primera y segunda de la tesis sirven de base teórica a la tercera, donde se efectúa propiamente el análisis político-criminal, dando paso a las propuestas de *lege ferenda* que se incluyen en la cuarta parte, mientras que el último apartado recoge las conclusiones finales de la investigación.

**PRIMERA PARTE – FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE
LA PROHIBICIÓN DE LOS CARTELES ECONÓMICOS
DE NÚCLEO DURO (*HARD CORE CARTELS*)**

I. APROXIMACIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA COMPETENCIA

I.1 INTRODUCCIÓN

1. Tanto el Derecho como la Economía están lejos de obtener un acuerdo unánime respecto a los problemas principales con los que se enfrentan; ni siquiera se ponen de acuerdo sobre el carácter de algunos fenómenos. Pese a ello, hay un acuerdo –prácticamente unánime- con relación a la gravedad y lesividad de los *carteles económicos de núcleo duro*; de ahí que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos de los países que se insertan en la economía de mercado prohíban dichas prácticas anticompetitivas, incluso bajo sanciones penales.

En este apartado analizaremos cómo surgen y se organizan los carteles económicos, cómo suelen operar, las diferencias entre carteles horizontales y verticales, los daños que causan y cuáles son los requisitos legales de la prohibición. Nos parece útil y recomendable introducir nociones previas acerca de las funciones de la competencia económica y hacer un breve bosquejo respecto de los dos principales sistemas legales de protección de la competencia: el europeo y el norteamericano; de esta manera dibujamos el complejo contexto en que se desarrolla la investigación.

I.2 LOS SISTEMAS DE ECONOMÍA DE MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA

2. El término competencia tiene varios significados según se trate de la competencia en el deporte,⁹ en la economía,¹⁰ o de la competencia como una interacción biológica entre organismos o especies. Por ahora, definámosla como la oposición o rivalidad entre dos o más personas que aspiran a obtener la misma cosa. Entonces, ¿qué connotaciones puede tener la competencia? Para algunos economistas, por ejemplo, la competencia ya no es importante en la era de los *ecosistemas de negocios*: ahora lo más importante es la innovación y la capacidad de colaboración con los consumidores, proveedores, inversores y

⁹ Según el artículo 361 *bis* del Código penal, introducido por la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje, “los que sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta y otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años”.

¹⁰ En España el órgano regulador de la competencia es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia – CNMC que ha entrado en funcionamiento el 7 de octubre de 2013, en sustitución a la anterior Comisión Nacional de la Competencia - CNC. La normativa europea prevé la existencia de autoridades reguladoras nacionales independientes, dotándolas de misiones, objetivos y competencias concretas. No obstante, las competencias de las comisiones en España son más amplias que las requeridas por la normativa europea en lo referente a la política sectorial, la concesión y revocación de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas actividades, el asesoramiento al Gobierno y el estudio e investigación de los sectores. La CNNV agrupa las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. La existencia de un macroregulador en España ha sido muy criticada desde la Comisión Europea. Cfr. “Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores”, *El País*, Economía, edición de 24 de febrero de 2013: “Bruselas lleva medio año poniendo en duda la independencia del nuevo macrorregulador –se corre el riesgo de ‘socavar el trabajo’ de los organismos de competencia, con graves perjuicios para los consumidores si los grandes operadores pueden hacer valer su influencia-, e incluso que vaya a tener medios suficientes para hacer su trabajo. (...) Bruselas se alinea con esos cuestionamientos e interpreta que la fusión dejaría al regulador sin la autonomía deseable, incluso sin recursos suficientes para hacer un trabajo aseado. Pone en duda el proceso de designación de los miembros del nuevo superregulador por parte de Madrid, e incluso alerta del riesgo de politización de algunas decisiones: el proyecto dejaría, por ejemplo, la autorización de ciertas fusiones (la denominada función 14, clave en operaciones como la de Endesa) en manos del Gobierno”. Cfr., también, RALLO LOMBARTE, “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador”, en ALZAGA VILLAAMIL (Dir.), *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 34, Madrid, 2014, pp. 193-234.

otros aliados posibles.¹¹ El término *coopetencia* es derivado de la unión entre *cooperación* y *competencia*, donde se entiende que en cierta medida las empresas pueden dejar la rivalidad y buscar alguna forma de *solidaridad* (v.g., en los supuestos de acuerdos de transferencia de tecnología, o *research joint ventures* – RJV-).¹²

Enfocando, por el momento, la competencia desde una perspectiva panorámica que abarca varias ramas científicas, desde la biología hasta la economía, pasando por la antropología social, la filosofía política y el Derecho,¹³ un argumento clave –que se puede decir que cuenta con un consentimiento generalizado– es que un cierto nivel de comportamiento competitivo es necesario. Siguiendo esta línea de argumentación, la pregunta fundamental es, probablemente, la de la determinación de los límites adecuados del comportamiento competitivo con el fin de optimizar el papel de la competencia, sea en el desarrollo de las especies o en un ámbito específico del

¹¹ MOORE, *Death of competition: leadership and strategy in the age of business ecosystems*, Chichester, 1996.

¹² Cfr. VONORTAS/JANG, “Collaborate to Collude? Multimarket and multiproject contact in R&D”, en GROSSMAN, *How cartels endure and how they fail. Studies of industrial collusion*, Cheltenham-Northampton, 2004, pp. 279-308; ALFARO ÁGUILA-REAL, “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, *InDret*, Barcelona, 4/2004, p. 3, donde señala que “en ocasiones, dificultades para lograr la coordinación espontánea impiden resolver fallos de mercado que sólo pueden ser reducidos a través del acuerdo explícito entre competidores. Si los fabricantes de teléfonos móviles se ponen de acuerdo en el *software* que utilizarán en sus terminales permitiendo a sus respectivos clientes la comunicación con los clientes de las redes rivales, es la cooperación y no la rivalidad la que decide qué estándar se consolida en el mercado. Y es obvio también que así se reduce notablemente el despilfarro que supone desarrollar sistemas incompatibles entre sí y, ofreciendo un producto más atractivo para los consumidores, se aumenta la demanda del mismo”; y TRIGO/DRUDIS, *Alianzas Estratégicas. Las claves y la práctica de la cooperación entre empresas*, Barcelona, 1999.

¹³ Cfr. VOGEL, “Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional”, Díez RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (Eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, 2005, pp. 253-254, donde señala que en Derecho civil y en Derecho procesal civil es bien conocido el “concurso de sistemas jurídicos”, pues la jurisdicción competente puede ser establecida de mutuo acuerdo; sin embargo, no se suele hablar de “concurso de sistemas penales”, pues la validez de un ordenamiento jurídico-penal y la competencia no pueden quedar a disposición de las partes. Con todo, señala el autor que: “Por otra parte la competitividad de un sistema penal puede medirse también en atención a si y en qué medida las innovaciones penales o procesal penales encontradas en el mismo sirven como modelo y son adoptadas por otros sistemas penales. Un ejemplo reciente a este respecto es el tipo penal de blanqueo de capitales, que se concibió por primera vez en el informe que en 1984 presentó la Comisión presidencial sobre delincuencia organizada, designada por el Presidente Reagan, y que desde entonces (también en el ámbito de los instrumentos penales inter –y supranacionales) ha triunfado sin parangón en el mundo entero.”

comportamiento humano.¹⁴ Los impulsos competitivos son parte de la naturaleza humana,¹⁵ pero están fuertemente condicionados por factores ideológicos, geográficos, ambientales, culturales, religiosos, etc. Por lo tanto, el debate acerca de los niveles deseables de rivalidad y competencia sigue abierto, cualquiera que sea el contexto. La cuestión se complica aún más la falta de acuerdo sobre la debida base de cálculo de estos niveles.

3. Lo cierto es la competencia económica desempeña un papel fundamental¹⁶ y es uno de los principios básicos de las sociedades que adoptan el sistema de Economía de mercado.¹⁷ La competencia, junto con la autonomía de la voluntad y la propiedad privada, son los pilares que sostienen un sistema de mercado libre. El *mercado*, como institución básica organizada en torno a la idea de *igualdad formal* entre oferentes y demandantes, inspiró el modelo económico y social reflejado en las codificaciones europeas del Derecho privado; y dos eran los postulados esenciales de este modelo: los principios liberales del siglo XIX (en cuanto a su postulado ideológico) y el sistema de la libre competencia (en

¹⁴ Mercado económico y mercado financiero se utilizan a veces como expresiones sinónimas, aunque de forma equivocada. El mercado financiero se compone de un mercado bursátil –o mercado de capitales a largo plazo (las Bolsas de cada país), de un mercado monetario (compuesto por el mercado interbancario y por el mercado de títulos negociables) y de un mercado de cambios (FOREX) –o mercado de capitales a corto y medio plazo-, de un mercado de tasas de interés, de un mercado de materias primas (por ejemplo, oro o petróleo) y de un mercado de productos derivados. No son objeto de nuestro estudio los delitos relacionados al mercado financiero (delitos bursátiles o bancarios).

¹⁵ Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, 2ª edición, Oxford, 2010, p. 17. Los límites parecen depender del contexto, “en términos de la actividad comercial y la educación y el aprendizaje, las condiciones de rivalidad y competencia en gran medida son consideradas como elementos necesarios de progreso”, y “la innovación y la calidad del desempeño son estimuladas por el deseo humano de probarse a uno mismo en comparación con los demás.”

¹⁶ Cfr. BÖHM, “Demokratie und wirtschaftliche Macht”, en *Kartelle und Monopole im modernen Recht*, International Conference on Restraints of Competition, Frankfurt am Main, 1960, Karlsruhe, Universität Frankfurt am Main, Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht, 1961, v. I, p. 22, donde afirma que la competencia es “el instrumento de desapoderamiento más genial de la Historia”.

¹⁷ Por cierto, en una economía planificada se protegerá la planificación, el abastecimiento, los precios regulados, etc.; mientras que en una economía de mercado se protege la libertad de competencia, la lealtad entre los competidores, el sistema crediticio, el funcionamiento de la bolsa, etc. Junto a tales mecanismos de funcionamiento de la economía de mercado, el Estado también debe proteger otras áreas de intervención estatal, tales como el sistema tributario, el sistema de subvenciones y otras formas de regulación. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia”, en SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dirs.) *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, 2010, p. 141.

cuanto a su postulado económico).¹⁸ Para los economistas clásicos¹⁹ el mercado constituye el punto de encuentro teórico entre oferta y demanda; un instrumento de planificación económica descentralizada, pues gracias al *mecanismo de los precios*, las unidades de producción y las de consumo coordinan, de forma espontánea, sus planes económicos individuales, en un sistema económico basado en la competencia *pura o perfecta*²⁰ -que en realidad no existe-, como vamos a ver más adelante. Nos quedaremos, de momento, con la siguiente definición de *competencia*:

“una situación en un mercado en el que las empresas o vendedores independientes luchan por el patrocinio de los compradores con el fin de lograr un objetivo de negocio particular, por ejemplo, los beneficios, venta y/o participación en el

¹⁸ GALBRAITH, *Historia de la Economía*, Barcelona, 1987.

¹⁹ Cfr. PERDICES DE BLAS (coord.), *Escuelas de Pensamiento Económico*, Madrid, 2006, p. 64, donde señala que “tras la irrupción del marginalismo en la segunda mitad del siglo XIX, un grupo de economistas intentó tender puentes entre estos y la doctrina económica clásica. Un punto de divergencia era la *teoría del valor*. Los marginalistas pensaban que solo el componente subjetivo otorgaba valor a los bienes, mientras que los clásicos habían mantenido que eran los costes de producción los que les conferían valor. Los autores neoclásicos combinaron ambas teorías y establecieron que el valor depende de la oferta (un componente objetivo derivado de los costes) y de la demanda (otro subjetivo). A partir de las obras de los autores neoclásicos se creó una ortodoxia dentro de la Economía que erigió a la ciencia económica como una disciplina académica con madurez”. A efectos de este trabajo de investigación utilizaremos las concepciones de la *escuela neoclásica (ortodoxa)* para la que la racionalidad de los agentes económicos es un principio ampliamente aceptado. La escuela neoclásica presupone agentes racionales que buscan maximizar su utilidad individual (ganancias), sujetas a limitaciones ambientales -de ahí derivan sus conceptos de oferta y demanda-, que bajo ciertas condiciones pueden llevar al equilibrio del mercado. No obstante, no somos ajenos a las teorías de las escuelas *heterodoxas*, que rechazan la concepción atomista individual a favor de una concepción de individuo socialmente inmerso, ponen énfasis en el tiempo como un proceso histórico irreversible y sus razonamientos son en términos de influencias mutuas entre individuos y las estructuras sociales. Son ejemplos de escuelas económicas heterodoxas: la escuela austríaca de Economía, la Economía institucional, la Bioeconomía, la Neuroeconomía, etc.

²⁰ De SMITH proviene la adhesión a la competencia como principio de todas las sociedades capitalistas, suponiéndose que puede garantizar el mejor funcionamiento posible de la economía. Cfr. RICARDO, *Principios de Economía Política y de tributación*, 3ª ed., Madrid, 1959, p. 04, donde señala que “siempre que hablamos, pues, de bienes, de su valor de cambio y de las leyes que rigen sus precios relativos, nos referimos exclusivamente a aquellos bienes cuya cantidad puede ser aumentada por efecto de la actividad humana, y en cuya producción interviene, sin restricciones, la competencia”, y p. 60, donde pone de relieve que, “cuando hable, pues, del valor de cambio de las mercancías, o sea del poder de adquisición que cualquiera de ellas posee, me referiré siempre a aquel poder que poseería si no fuese alterado por alguna causa accidental o pasajera, y que es su precio natural. ”. Ya la aproximación de MILL se basa en el concepto legal de competencia “en tanto en cuanto las rentas, los beneficios y los salarios se determinan mediante la competencia, se les pueden asignar leyes. Supongamos que la competencia sea su único regulador y podremos derivar principios generales y científicamente precisos en base a los cuales puedan regularse”, en *Principles of Political Economy*, London/New York, 1909, reimpresión 1987, p. 242.

mercado. La competencia en este contexto a menudo se equipara con rivalidad. La rivalidad competitiva entre las empresas puede ocurrir cuando hay dos empresas o muchas empresas. Esta rivalidad puede tener lugar en cuanto a precio, calidad, servicio o combinaciones de estos y otros factores que los clientes pueden valorar. La competencia es vista como un proceso importante para que las empresas se vean obligadas a ser eficientes y ofrecer mayor variedad de productos y servicios a precios más bajos. Que da lugar al bienestar del consumidor y la asignada eficiencia. Incluye el concepto de 'eficiencia dinámica' por lo que las empresas participan en la innovación y al fomentar el cambio tecnológico y el progreso".²¹

A) La Escuela clásica y la competencia pura o perfecta

4. La *competencia pura o perfecta* se puede definir como la estructura de mercado en la que el número de participantes es tan grande, y la participación individual de cada uno tan pequeña, que la acción particular de cualquiera de ellos no tendrá efecto perceptible sobre el conjunto del mercado.²² En competencia perfecta, todos los participantes aceptan el precio de mercado como algo sobre lo que no tienen control. La competencia pura o perfecta es, en cierto sentido, una configuración *ideal*, una consideración teórica útil a los efectos del análisis de mercado.²³ Ocupa un lugar importante en la modelización

²¹ Cfr. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1996, Voz: competencia.

²² Cfr. STIEGLER, "Perfect competition, Historically Contemplated", *J. Pol. Econ.*, vol. 65, 1/1967, pp. 1-17. Las condiciones básicas para la existencia de la competencia perfecta en un mercado son: a) La atomicidad (*infinite buyers and sellers*): existencia de una pluralidad de sujetos en el mercado, ofertando o adquiriendo bienes y servicios; b) La transparencia (*perfect information*): accesibilidad a la información sobre el mercado para que las empresas se adapten a él y el consumidor pueda elegir con base en la información correcta; c) La homogeneidad de los productos (*homogeneous products*): los consumidores pueden elegir entre productos fungibles o sustituibles y las empresas son estimuladas a competir e innovar; d) La movilidad de los factores de producción (*perfect factor mobility*): el capital y el trabajo, pero también la tierra, pueden transvasarse de un sector de actividad económica a otro o de un lugar geográfico a otro, permitiendo a la empresa adaptarse a las circunstancias cambiantes del mercado; e) La ausencia de costes de transacciones (*zero transaction costs*); f) La maximización del lucro (*profit maximization*); g) La manutención de una escala eficiente (*non-increasing returns to scale*); h) La ausencia de barreras de entrada o salida (*zero entry and exit barriers*): no hay un régimen de libre competencia si el acceso al mercado no permanece abierto (*easy of entry*).

²³ En términos generales, la estructura de un mercado la podemos dividir en dos grandes bloques: competencia perfecta e imperfecta. La mayoría de las situaciones del mundo real corresponden, por muchos motivos, a la competencia imperfecta. Así, la competencia perfecta en los mercados habituales de bienes y servicios únicamente es posible desde un punto de vista teórico; sin embargo, lo que verdaderamente interesa es cuánto de grande es la desviación que muestra un determinado mercado respecto a la situación ideal de competencia perfecta. En este sentido, el término "relevante" (de mercado relevante) es cuál es el poder de mercado que tienen las empresas para influir en los precios.

económica, pues permite un análisis matemático y de eficiencia. *Hovenkamp* advierte que el modelo de competencia perfecta es altamente artificial y el mundo real satisface sus condiciones solo imperfectamente;²⁴ sin embargo, es de gran utilidad para la política de protección de la competencia a la hora de crear un modelo que pueda predecir las consecuencias de una cierta acción o regla legal.²⁵ Como modelo económico la competencia perfecta, en su dimensión de recurso explicativo, es buena, pero no es perfecta, ya que en los mercados reales lo que existe es una competencia imperfecta.²⁶

Así, uno de los requisitos para una competencia adecuada (para no decir perfecta) es que exista un elevado número de empresas operando en el mismo mercado y que no lo hagan de forma concertada (colusión).

²⁴ Cfr. HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, St. Paul, 1985, pp. 14 y 36-39. Sin embargo, este hecho no distingue la economía de la física, química o genética. La construcción de un modelo es endémica en la ciencia y, en todos los casos, el modelo es una abstracción basada en suposiciones simplificadoras. Del mismo modo que el mundo real no contiene mercados perfectamente competitivos, tampoco contiene triángulos equiláteros perfectos. Además, una vez que una línea o ángulo es incorrecto, la otra línea o ángulo también tiene que ser incorrecto. Sin embargo, el triángulo imperfecto del ingeniero funciona muy bien en la mayoría de las aplicaciones del mundo real, desde las cúpulas astronómicas a las lanzaderas espaciales. El valor de cualquier modelo radica no en la absoluta fidelidad de cada elemento a los fenómenos del mundo real, sino en la aptitud del modelo para hacer predicciones útiles y, lo que es más importante, en su capacidad para ofrecernos explicaciones verbales llenas de sentido a nuestras observaciones.

²⁵ Tanto desde el punto de vista académico como desde el de la sociedad en general, existe la percepción de que en la realidad hay mercados que se alejan de forma significativa de lo que debería ser una situación de competencia adecuada y que tienen consecuencias negativas sobre el nivel de eficiencia productiva. En estos casos, está justificada la intervención de la administración pública, por cuanto esto supone la existencia de un fallo de mercado que debe ser corregido. Dichas intervenciones conforman la denominada política industrial o política de competencia. La política industrial centra sus actuaciones en políticas públicas de apoyo a las empresas o a determinados sectores productivos, a través de subvenciones y/o incentivos para aumentar la capacidad productiva o la realización de innovaciones, regulaciones para controlar la entrada de nuevas empresas, etc. Por su parte, la política de competencia se centra en intervenciones para fomentar la competencia y regulaciones para prohibir la existencia de poder de mercado, la valoración de fusiones o adquisiciones de empresas, la prohibición de acuerdos entre empresas para la fijación de precios o el reparto de mercado, etc. La Unión Europea funciona como un mercado común entre Estados miembros independientes y soberanos, es la *competition policy* además de la política de competencia a la cual hemos hecho referencia, donde se incluyen las *ayudas públicas* que, en general, serían parte de la política industrial. Véase el apartado I.4, de la Primera parte.

²⁶ Cfr. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Madrid, 1977, p. 35, donde señala que la competencia perfecta “que fue mantenida y defendida por las principales figuras de la ‘Escuela de Friburgo’, de gran influencia en Alemania en la posguerra, contempla a la competencia en su aspecto estático, dejando a un lado el aspecto innovador y de cambio, y dando lugar a que con una expresión que se hizo famosa, *Lutz* le achacara su falta de adaptación a las circunstancias reales, utilizando la frase de que se trataba de una competencia para gorros de dormir (*Schlafmützenkonkurrenz*)”.

B) Los mercados reales y la competencia imperfecta

5. La crítica del modelo clásico de mercado se ha producido desde, al menos, tres posiciones, de naturaleza heterogénea entre sí, aunque complementarias: 1) las estructuras de mercado distintas a la de competencia perfecta (supuestos de competencia imperfecta); 2) el efecto de la incidencia de las nuevas estrategias de mercado en el proceso de producción y consumo (investigación y desarrollo, marketing, etc.); 3) la influencia de la distribución de los productos en el mercado (la red de distribución).²⁷

6. Desde el punto de vista *económico*, los analistas de mercado han pasado de operar sobre un modelo de competencia perfecta, anclado sobre el principio de soberanía del consumidor, a hacerlo sobre un sistema de *competencia viable, efectiva o funcional*;²⁸ la denominada *workable competition*. La competencia viable es la competencia real posible en un concreto mercado, habida cuenta del contexto económico y jurídico. Se trata de operar con un modelo concreto, apegado a la realidad, cambiante e integrado por elementos competitivos y monopolísticos,²⁹ en el que se encuentran *otras* estructuras de mercado, además de la competencia perfecta, tales como carteles, monopolios, oligopolios y la competencia monopolística. La competencia viable suele ser utilizada por varios países, incluso por la Unión Europea, pues garantiza un modelo más cercano a los mercados reales.

²⁷ Por mencionar un ejemplo de hace unos años, la huelga de camioneros que tuvo lugar en Italia en 2012 originó graves problemas de abastecimiento debido a que en ese país el 90 por 100 de las mercancías se transporta por carretera; véase “Los camioneros bloquean las calles contra las liberalizaciones de Monti”, *El País*, Internacional, edición de 23 de enero de 2012 (http://internacional.elpais.com/internacional/2012/01/23/actualidad/1327349191_861405.html)

²⁸ Cfr. BASEDOW, *Limits and control of competition with a view to international harmonization*, Boston, 2003, p. 8, donde pone de relieve que tanto las reglas de competencia de la UE, cuanto los sistemas de protección de la competencia de los Estados miembros están claramente dominados por el modelo de la *workable competition* (competencia viable), sin embargo los tribunales y autoridades de la competencia pragmáticamente diseñan variados enfoques dependiendo de la estructura de mercado en particular o de otros factores económicos en el caso concreto.

²⁹ La necesidad de estudiar este tipo de mercados, alejados de la competencia perfecta, ha originado la aparición, como disciplina científica, de la Economía Industrial; es decir, de un sector del análisis económico que hoy goza de autonomía científica, que procede de la Microeconomía y que se ocupa esencialmente de la investigación de las estructuras de mercado situadas entre el monopolio puro y la competencia perfecta, para responder a tres cuestiones fundamentales: si existe poder de mercado, cuáles son las consecuencias derivadas de su existencia y qué puede hacer el Estado para luchar contra sus consecuencias negativas; sin embargo, algunos economistas, como STIEGLER, niegan la autonomía científica de esta disciplina.

C) La competencia viable (*Workable Competition*)

7. Como hemos visto, el mito clásico de que la libre competencia debe constituir siempre la regla y el monopolio la excepción³⁰ ha caído hace tiempo. Sin embargo, una exigencia imperativa se ha impuesto: cualquiera que sea el tamaño de las empresas y por reducido que sea su número, se debe salvaguardar un mínimo de rivalidad económica entre ellas, necesario para que los consumidores lleguen a disponer de una razonable posibilidad de elección entre diversos productos y servicios: “La competencia económica no vendría exclusivamente concebida como una lucha salvaje –y, a menudo, ruinoso- de todos los operadores económicos entre sí, sino de fomentar el surgimiento de unidades de producción con suficiente dimensión para financiar innovaciones tecnológicas y con suficiente entidad económica para competir con las de otros mercados, sin que este proceso de crecimiento sea tal que disminuya el estímulo de la productividad y el progreso técnico y económico –aspectos negativos que los economistas clásicos vincularon al monopolio”.³¹

Hay aspectos frecuentemente olvidados o, al menos, minusvalorados por la exposición de los economistas clásicos y, sin embargo, de vital importancia para las cuestiones de competencia, tales como la distribución comercial y las nuevas estrategias de mercado. En efecto, una pluralidad de factores ha contribuido a estrechar de forma progresiva la propia libertad de elección de los consumidores.³² En concreto, las nuevas estrategias de mercado –tales como la diversificación artificial de los productos, la reducción de la duración de vida de las mercancías y las modernas técnicas publicitarias- han reducido y

³⁰ Cfr. HOVENKAMP, “Antitrust Policy after Chicago”, *MLR*, núm. 213, 1985-1986, pp. 213 y ss., republicado en *University of Iowa Legal Studies Research Paper* (09-21), 2009, donde señala la existencia a lo largo del último siglo de escuelas que sintetizan el Derecho *antitrust*: la escuela del *Common Law*”, de la *rule of reason*, escuela de la competencia monopolística de la época del *New Deal*, la escuela de la *workable competition*, la escuela liberal, la escuela del análisis económico del derecho o escuela de Chicago y, más recientemente, la Post-Chicago.

³¹ Cfr. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Madrid, 2003, pp. 263-264.

³² Cfr. HAYEK, *La competencia como proceso de descubrimiento*, conferencia pronunciada originalmente en una reunión de la *Philadelphia Society*, Chicago, 29 de marzo de 1968. Versión en castellano traducida del inglés por el Centro de Estudios Públicos, donde el autor señala que el mercado es un conjunto de instituciones, un orden social, a través del cual los individuos acceden, precisan y redefinen su comprensión del mundo; por eso *Hayek* se refiere a la competencia como un “proceso de descubrimiento”. Véase el Apartado I.2.B, de la Primera Parte.

disminuido el protagonismo del consumidor reconocido por la doctrina clásica.³³

En nuestros días, los medios publicitarios, gracias al recurso persistente a técnicas de extraordinaria diversidad y sofisticación, han procedido al acoso y derribo de la figura de la hegemonía del consumidor acuñada por la Economía clásica. En igual sentido, existen fuertes razones económicas para que la distribución sea interesante desde el punto de vista del Derecho de la competencia: si el fabricante (principal) acude a un distribuidor (agente) es porque los costes de utilizar a sus propios empleados en las tareas de venta de sus productos son superiores a los que supone contratar a empresas independientes.

8. Con el fin de incentivar a los distribuidores a vender, los fabricantes suelen incluir restricciones en los contratos que cierran con aquéllos: fijan cantidades mínimas de venta, precios (máximos o mínimos) de reventa, prohíben vender en el territorio o a clientes de los demás distribuidores integrados en la red comercial, prohíben vender productos de la competencia, programan un número máximo de revendedores, etc. Hay que subrayar que algunas de estas restricciones entre los principales y los agentes –llamadas *restricciones verticales*- pueden no ser legales, según el ordenamiento jurídico que se les aplique. En todo caso, la distribución arrastra consigo problemas (v.g., un doble monopolio en el mercado ascendente, parasitismo de algunos distribuidores de los esfuerzos de otros sin contraprestación de su parte y externalidades). A pesar de todo ello, bajo ciertos factores, las denominadas *restricciones verticales* pueden favorecer la venta de bienes y servicios y ser un instrumento útil para el impulso de la competencia, a diferencia, como veremos, de las *restricciones horizontales* de la competencia –o carteles económicos de núcleo duro-.³⁴

³³ El *marketing* ha generado una alta saturación de pautas publicitarias, con el uso excesivo de avisos publicitarios, utilización de Internet como medio de divulgación de los productos, y la realidad de nuestros días muestra un consumidor bombardeado, que, lejos de erigirse en protagonista del sistema productivo, pasa a ser el mero destinatario y, a menudo, víctima, por antonomasia de él (¿Consumo luego existo?). No es exagerado afirmar que, en definitiva, la soberanía del consumidor se ha convertido en una libertad meramente formal.

³⁴ De ahí que se les aplica a las restricciones verticales la regla de análisis “caso a caso” (*rule of reason*), al contrario de las *restricciones horizontales* -restricciones de la competencia entre agentes económicos principales –, a los que se aplica la regla del *per se rule*, pues tales conductas afectan de forma negativa a la competencia. Véase el apartado II.2.A, abajo), sobre el concepto de carteles de núcleo duro.

D) Los supuestos de competencia imperfecta: carteles, monopolios, oligopolios y competencia monopolística

9. Aunque no sea nuestro objeto de estudio el análisis de los mercados monopolísticos ni la descripción de las medidas de política legislativa propugnadas frente a los abusos de posición de dominio, conviene dejar constancia de ciertos datos de interés, útiles a la hora de diferenciar la disciplina jurídica de los carteles de la de los monopolios.³⁵ En términos económicos, el *monopolio* es un supuesto de mercado imperfecto,³⁶ que ocurre cuando solo hay un vendedor o un comprador en un mercado determinado.³⁷ De ahí que los carteles y los monopolios sean incompatibles, pues un requisito para la formación de un cartel es que *dos o más* empresas se pongan de acuerdo; es decir, que exista un *acuerdo entre empresas*.

³⁵ Cfr. STAMPA BRAUN/BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980)*, Madrid, 1980, p. 40., donde afirma que “dado que los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma regulan, respectivamente como conceptos diversos, los ‘acuerdos y coaliciones prohibidas’ (art. 85, actual art. 101) y el ‘abuso de la posición en el mercado’ (art. 86, actual art. 102), resultando muy claro que esta última forma *no* alcanza, precisamente, a los acuerdos y coaliciones”.

³⁶ Frente al generalizado –y muchas veces ineficaz- empecinamiento contra los monopolios, algunos economistas y juristas estadounidenses –no muchos, pero sí muy calificados- han defendido una postura de comprensión y abierta tolerancia frente a los monopolios, que va desde al abierto *laissez faire* hasta el juicio de oportunidad (STIEGLER, en 1971, defendió claramente una política de no intervención estatal, pues con el transcurso del tiempo un mercado monopolista se transformaría en competitivo). En 1975, POSNER sometió a fuerte crítica la visión que, desde el campo de la Economía y del Derecho, se había proyectado de una política de restricción de la libertad de acción de las grandes compañías con el fin de promocionar los negocios pequeños pues los costes que resultan de los precios de un monopolio son, a veces, inferiores que los que resultan de un mercado competitivo. Cfr. también BECK, *Poder y contra-poder en la era global. La nueva economía política mundial*, Barcelona, 2004, pp. 217-230, donde señala, al menos, cinco figuras monopolísticas mundiales: a) monopolios tecnológicos; b) controles financieros sobre mercados financieros mundiales; c) acceso monopolista a los recursos naturales; d) monopolios mediáticos y de comunicación; y e) monopolios sobre armas de destrucción masiva; monopolios mundiales que a veces están en manos de los Estados, y pone de relieve que: “La formación de monopolios, pues, agudiza y manifiesta la polarización mundial entre los ricos y los que no tienen nada”.

³⁷ Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust Europeo. Parte General. La competencia*, vol. 1, Madrid, 2009, p. 52, donde señala que “un monopolio es una empresa que produce un bien o servicio para el cual no existen sustitutos cercanos y está protegida por una barrera que evita que otras empresas vendan dicho bien o servicio. En un monopolio, la empresa es la industria. Como ejemplos de monopolio están las empresas proveedoras de gas, agua y electricidad.”; también PARKIN, *Economía*, 8ª ed., México, 2009, p. 264, señala que el monopolio de compra (monopsonio) es menos frecuente que el de venta; pero se da en ciertas ocasiones, como, por ejemplo, en el mercado de armamento bélico, cuyo único comprador es el Estado. Un monopolio de venta puede serlo también de compra; así, si una empresa poseyera, por la razón que fuese, el monopolio de aluminio en un Estado, sería, de ordinario, la única compradora de bauxita en ese mismo mercado.

Detrás de una situación monopolística puede haber diversas causas como, por ejemplo, economías de escala, recursos escasos y esenciales, o la ley; por ejemplo, los derechos de patente y los derechos de monopolio a empresas públicas. La mayoría de los economistas han tenido tradicionalmente una mala opinión de los monopolios.³⁸ En muchas ocasiones, no hay, en rigor, un auténtico monopolio, sino una o varias empresas grandes y, frente a ellas, un número relativamente amplio de pequeñas empresas. En este caso, se dice que las primeras empresas tienen una *posición dominante* en el mercado.³⁹ Solo en sentido *lato* puede afirmarse que la hegemonía de unas pocas empresas en un mercado constituye una manifestación monopolística (en realidad, sería, en el mejor de los casos, un *oligopolio*).

10. Por lo tanto, una segunda estructura de los mercados en competencia imperfecta es el *oligopolio*.⁴⁰ Oligopolios son mercados altamente concentrados, en los que hay pocas empresas, generalmente vendedoras. Su funcionamiento difiere mucho del que tiene un mercado competitivo; en efecto, en un mercado oligopolístico existe una intensa relación entre las empresas y cuanto más concentrado esté un mercado más parecidos serán los resultados a los de un monopolio.⁴¹ Aunque exista un precio no competitivo, los oligopolistas pueden, si lo desean, competir con la diferenciación de los

³⁸ Economistas y juristas de muchos lugares del mundo han sugerido diversas vías para enfrentarse a ellos; entre otras, la legislación *antitrust*, los impuestos para redistribución de las rentas monopolísticas en la sociedad, la fijación de un límite a los beneficios o a los precios en los monopolios que suministran servicios públicos.

³⁹ El primer teorema fundamental de la economía de bienestar nos dice que si no hay poder de mercado, la solución de equilibrio es eficiente. La introducción de poder de mercado, tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta, provoca una pérdida de eficiencia. Una aproximación usada para medir esta pérdida de eficiencia provocada por la existencia de poder de mercado, la podemos realizar a través del denominado triángulo de *Harberger* (1954), que muestra cómo disminuye el bienestar social como consecuencia de la existencia de poder de mercado y de la fijación de precios distintos a los de competencia perfecta.

⁴⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, "El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría", *Revista General de Derecho*, núm. 589-590, 1993, pp. 10057-10131.

⁴¹ Lo ideal es que exista un elevado número de empresas operando en el mismo mercado. En la realidad hay mercados que no cumplen este requisito, pero que se desvían respecto a una situación de competencia ideal. En términos generales, a estos mercados se les denomina competencia monopolística, que es una situación cercana a la competencia perfecta, pero con la posibilidad de obtener beneficios extraordinarios. Y hay otros mercados en que el número de empresas es más reducido, dando lugar a estructuras oligopolísticas, en las cuales el poder de mercado de las empresas puede ser significativo, teniendo importantes consecuencias sobre la determinación de precios y, por tanto, sobre el bienestar social resultante.

productos, la calidad de éstos, las condiciones de suministro o bien el servicio pre o posventa (*nonprice competition*).

En definitiva, la no-competencia entre empresas oligopolísticas podría, en muchos casos, ser explicada como el resultado de la propia estructura del mercado y de un comportamiento estratégico (*strategic behavior*) y no de una colusión expresa (un acuerdo de voluntades) –que no parece necesario- o tácita (prácticas concertadas).⁴² Históricamente es esto lo que ha llevado a cuestionar la aplicabilidad del Derecho *antitrust* a las situaciones de oligopolio. Para explicar los comportamientos estratégicos, los economistas han recurrido fundamentalmente a algunas hipótesis posibles, de entre las que la *teoría de los juegos*⁴³ ocupa un lugar destacado.⁴⁴

11. En tercer lugar, en un mercado de competencia imperfecta también ocurre la denominada competencia monopolística -una estructura donde compiten un

⁴² La defensa de la competencia en los mercados oligopolísticos puede ser especialmente difícil. La experiencia del Derecho *antitrust* estadounidense enseña que de las dos vías posibles –reconducir la falta de competencia entre las empresas oligopolísticas a un supuesto de cartel (en particular, la fijación de precios prohibida por el §1º de la *Sherman Act*) o de política de concentraciones (*merger policy*)-, la primera no ha producido, en general, los efectos deseados por las autoridades encargadas de su defensa o los demandantes; mientras que la segunda ha resultado efectiva y ha dotado a dicha política, como uno de sus fines, del objetivo de prevenir fusiones que puedan obstaculizar la libre competencia en un mercado determinado.

⁴³ La teoría de los juegos aplicada a situaciones de competencia imperfecta ha servido para poner de relieve que: a) cuantos más oligopolistas no cooperativos o competitivos haya, más se aproximan el precio y la producción de un sector de la actividad económica a los niveles que tendrían en un mercado con competencia perfecta. Esto explica por qué, en tales circunstancias, para el conjunto de empresas que ya operan en un mercado oligopolístico la mejor solución puede ser no competir, permanecer en sus posiciones, para evitar reacciones en cadena estratégicamente previsibles, que al cabo de las cuales hagan que algunas de ellas se encuentren en peor situación (*equilibrio de Nash*); b) En el caso de que las empresas opten por la colusión y no por la competencia, los niveles de precios y producción se asemejarán a los que habría en un mercado monopolístico. Pero la experiencia demuestra que el número de empresas intervinientes en el mercado no es decisivo, pero sí es muy importante: cuantas más sean más difícil es mantener la disciplina del cartel. En efecto, a mayor número, mayores problemas de vigilancia, y mayor frecuencia de los incumplimientos; c) Los mercados oligopolísticos pueden experimentar un alto grado de inestabilidad: nuevas empresas –atraídas por las altas ganancias- quieren entrar, otras abandonan el mercado, las fuertes intentan devorar o vengarse de las débiles, éstas capitulan con frecuencia e, incluso, se profieren amenazas –más o menos veladas- o se recurre a guerras de precios. Para una noción básica de la teoría de los juegos: FONT BARROT/PÉREZ TRIVIÑO, *El Derecho penal para no juristas*, Barcelona, 2009, pp. 20-26.

⁴⁴ Las otras hipótesis posibles para explicar los comportamientos estratégicos son la competencia de *Cournot* (que se apoya en la cantidad de producción), la competencia de *Bertrand* (basada en el precio) y las curvas de demanda agregadas (los rivales oligopolistas responden a las reducciones de precios, pero no siguen las subidas).

gran número de empresas que elaboran productos similares, pero con ligeras diferencias.⁴⁵ En los supuestos de *competencia monopolística* también puede verificarse la existencia de carteles.

I.3 LAS FUNCIONES DE LA COMPETENCIA

12. Como hemos visto, la libertad de competir es el fundamento último de la economía de mercado, pero “la competencia puede convertirse también en su principal amenaza, ya que ningún agente puede sustraerse a la tentación de utilizar su libertad de actuación para buscar la eliminación de un competidor, situaciones de privilegio, o beneficios fáciles y elevados por medios distintos de la competencia basada en los méritos empresariales”.⁴⁶ A la competencia se puede asignar, en consecuencia, funciones político-económicas y político-jurídicas, que buscan evitar los abusos del poder económico.

A) Funciones político-económicas y político-jurídicas de la competencia

13. Se pueden asignar a la competencia las siguientes funciones político-económicas: a) la función *ordenadora*: merced a la competencia, la oferta se orientaría según los deseos y exigencias de los demandantes; b) la función de estímulo al *progreso técnico o tecnológico*: la competencia es un proceso continuo, como consecuencia de la introducción en el mercado de nuevos productos y métodos de producción (innovación), imitados y difundidos por otras empresas (difusión) y que desplazan a los productos y/o tecnologías anteriormente establecidos (*destrucción creativa*)⁴⁷; c) la *función de selección*:

⁴⁵ A la fabricación de un producto ligeramente distinto del de una empresa competidora se le denomina *diferenciación del producto*. La diferenciación del producto o los *productos o bienes diferenciados* le da a la empresa en competencia monopolística una fracción de poder sobre el mercado. La empresa es el único fabricante de la versión particular del bien en cuestión. Por ejemplo, en el mercado de alimentos congelados, cientos de empresas preparan su propia versión del platillo perfecto. Cada una de estas empresas es la única productora de una marca en particular. Los productos diferenciados no necesariamente son productos distintos: lo que importa es que los consumidores los perciban como productos diferentes. Por ejemplo, las diversas marcas de aspirina son químicamente idénticas (ácido acetilsalicílico); en lo único en que difieren es en su presentación.

⁴⁶ Cfr. DIEZ ESTELLA, *La discriminación de precios*, p. 24.

⁴⁷ Cfr. SCHUMPETER, *Theory of Economic Development: An inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle*, 2ª ed., New Brunswick, 1989, que ha popularizado el concepto de destrucción creativa; cfr., también, SEGURA, “Sobre políticas de oferta”, *El País*, Opinión, edición de 6 de diciembre

las empresas menos eficientes, que tienen costes marginales más altos, tienen que dejar el mercado; d) la *función neutralizadora*: que consiste en evitar la formación definitiva de posiciones de poder en el mercado; y, e) la *función distributiva*: rige el principio de la justicia de la prestación, que implica la asignación de ingresos conforme al valor de mercado de las prestaciones.⁴⁸

“En el Estado liberal, el derecho a competir era un derecho subjetivo de determinados ciudadanos, su naturaleza era la de un derecho de dominio, que se materializaba en un prestigio susceptible de ser lesionado por las prácticas de otros competidores. En este contexto la competencia es una relación entre competidores y éstos serán los que determinen cómo la misma puede tener lugar. La evolución económica trajo consigo una primera intervención estatal, pues en determinadas situaciones se debe garantizar la existencia misma de la competencia, este objetivo se buscó en las primeras leyes *antitrust*. Pero, a diferencia de la regulación de la ‘lealtad’ de la competencia, desde un primer momento, se consideró estas normas como instrumento de política económica. Esta apreciación dio paso a la pretensión de diferenciar dos grupos de normas de naturaleza distinta dentro del derecho de competencia: unas, políticamente neutras, que hacían referencia a la competencia desleal y otras, que eran instrumentos de política económica, pretendían evitar las prácticas monopolísticas. Este planteamiento, inoperante durante mucho tiempo, entra en crisis al cuestionarse la pretendida neutralidad de las normas de competencia desleal, como consecuencia de la toma en consideración de las implicaciones, que el hecho de la competencia tiene sobre todos los que intervienen en el mercado. A nivel dogmático esta reorientación se refleja en un cambio sustancial en el derecho de competir, pues deja de ser un derecho de dominio y pasa a ser un derecho de libertad. Lo que supone, que el competir deslealmente implica no la lesión del derecho de competir ajeno, sino el mal uso del propio derecho a competir. El paso siguiente, momento en el que hoy nos encontramos, es, precisamente, la construcción unitaria de la institución de la competencia y su valoración como instrumento para obtener determinados fines socio-económico”.⁴⁹

En cuanto a las funciones político-jurídicas de la competencia, hay que señalar que dos han sido las cuestiones que polarizan el debate sobre la libertad de competencia: a) La competencia como una *garantía de la libertad de obrar de*

de 1999, donde señala que “la propiedad deseada de los mercados competitivos, la eficiencia, se deriva del calificativo competitivo, y no del sustantivo mercado: un mercado puede ser un monopolio” (<http://elpais.com/diario/1999/12/06/opinion/>).

⁴⁸ Cfr. IMMENGA, *El mercado y el Derecho. Estudios de Derecho de la competencia*, Valencia, 2001, p. 23; y CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, pp. 52-57.

⁴⁹ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “La tutela de la competencia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal”, en BARBERO SANTOS, *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, pp. 397-398.

los operadores económicos (empresas/consumidores): en principio, la caracterización de la competencia no sería en términos jurídicos más que la rivalidad entre empresas. La libre competencia sería simultáneamente una *suma de libertades* y una *estructura jurídica formal* a la que habría que dotar de contenido;⁵⁰ y b) La función de la competencia de *adecuar el orden económico al político*: la competencia debería servir para procurar la difusión del poder económico. De la misma manera que en una democracia todos los ciudadanos tienen derecho a participar, a través de diversos medios y diferentes formas, en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota de poder económico. Implica un recelo histórico frente a los grandes *trusts*, ante el temor –conforme a la suposición de que el que paga manda– de que sean las mayores empresas/empresarios los que controlen al Estado y no al revés, poniendo así en peligro la propia democracia. Básicamente existen dos sistemas normativos en los que estas divergencias en cuanto a los fines político-jurídicos de la competencia se hacen más patentes: el Derecho *antitrust* norteamericano y el *competition policy* europeo. El marco de este análisis pasa, necesariamente, por delimitar bien las diferencias entre estos dos modelos, pues son los sistemas que dominan el escenario mundial.

⁵⁰ Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, pp. 55-56, donde afirma que “una consecuencia, nada desdeñable, de este tipo de razonamiento ha sido la solución del conflicto entre libertad de competencia formal y material a favor de los *acuerdos de cooperación comercial e industrial* de las pequeñas y medianas empresas, que, uniéndose, renunciarían a parte de su libertad (formal) para ser más libres (materialmente) y cuya falta de poder real sobre el mercado no lo expone a un falseamiento de competencia”. El autor señala que, como estructura jurídica formal, nadie podría cuestionar la existencia de un marco de competencia, cuando concurren simultáneamente mercado, pluralidad de oferentes y aceptantes y una actitud antagonística entre ellos. Se trata de una noción que, por su amplitud, necesita –si se quiere que sea operativa– ser precisada; ya que en ella pueden tener cabida *orientaciones dispares e incluso antagónicas*. (Hay quienes consideran –como, *ad. ex.*, la *Harvard School*– que el Estado no debe dejar de velar para que el mercado se aproxime lo más posible a la competencia formulada por los clásicos –aunque ésta nunca se daría en realidad–, luchando contra los carteles y observando la dinámica competitiva del mercado a corto y medio plazo. Frente a ellos, están quienes, por el contrario, insisten –como la *Chicago School*– en que, salvaguardados los intereses del consumidor, la acción del Estado en este terreno debe ser mínima, debería centrarse preferentemente en los actos colusorios distinguiendo entre las restricciones horizontales y verticales de la competencia, y no en las concentraciones de empresas y observando el horizonte económico a largo plazo). Importa subrayar que el concepto formal de competencia ha servido para que en la República Federal de Alemania se haya constitucionalizado y defendido la libre competencia al amparo de los principios ordenadores básicos, de rango constitucional, de la libertad de obrar y de igualdad (arts. 2.1 y 3 de la *Grundgesetz*), antes incluso de que dicho país se hubiese dotado de su legislación *antitrust*. Ha sido útil especialmente como reclamo para la distinción crítica entre la libertad *formal* de obrar (*Handlungsfreiheit*) y la libertad *material* de decidir (*Entschliessungsfreiheit*).

B) Funciones asignadas a la competencia en épocas de crisis económica

14. Es común que en períodos de crisis económica se escuchen voces sobre la conveniencia de relajar la aplicación de las prohibiciones de la normativa de competencia como un medio de combatirla, permitiendo los denominados *carteles de crisis*. No resultan extrañas tales voces, pues se parte de la creencia de que un mayor proteccionismo estatal y la restricción de la competencia favorecen la economía hasta la llegada de tiempos mejores. “Frente a esa tentación hemos de formular el mayor de los rechazos, ya que resulta necesario garantizar el funcionamiento de los mercados para superar los periodos de recesión económica”.⁵¹ La competencia promueve la innovación y el emprendimiento, la eficiencia dinámica y una mejor asignación de los recursos. El Derecho de la competencia ha experimentado un extraordinario proceso de expansión, a la par que los estudios económicos y jurídicos, además de la creación de una *cultura* de la competencia entre los empresarios y la ciudadanía que, a nuestro juicio, permiten evitar que se caiga en la trampa de imaginar que la competencia no es importante en épocas de crisis, pues todo lo contrario, ya que “fomentar los monopolios y el proteccionismo es la mejor manera de perpetuar la crisis”.⁵² La historia lo demuestra, por ejemplo, en el período de la Gran Depresión⁵³ en Estados Unidos, en el que el fracaso de la política de competencia norteamericana de la década de los 30 ha sido, no sin sorpresa, invocado por las agencias reguladoras hoy día, para advertir sobre la utilización

⁵¹ Cfr. BERENGUER FUSTER/GINER PARREÑO/ROBLES MARTÍN-LABORDA, *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la competencia*, Madrid, 2010, p. 24.

⁵² Cfr. BERENGUER FUSTER/GINER PARREÑO/ROBLES MARTÍN-LABORDA, *La nueva legislación*, p. 25, donde ponen de relieve que “ante la pregunta de cuál debe ser el papel de la política de la competencia en tiempos de crisis, la respuesta es que la política de la competencia no entiende de crisis. Los principios que la guían son válidos tanto en épocas de bonanza como en épocas de crisis. Incluso más si cabe en estas últimas porque los posibles errores podrían tener efectos fatales. La recuperación económica requiere de un entorno estable y unas políticas macroeconómicas apropiadas, pero también de una dinámica competitiva que permita la creación y el crecimiento de las empresas y la aparición de nuevas oportunidades para los trabajadores.”

⁵³ La Administración *Roosevelt* promovió la *National Industrial Recovery Act* como respuesta a la crisis de 1929 en Estados Unidos, que implicaba prácticamente la derogación de las normas de competencia: el efecto de la norma fue exactamente el contrario de lo pretendido, pues la desaparición de la competencia incrementó los precios y la producción. La menor producción redujo el empleo y, en definitiva, retrasó la recuperación económica. Cfr. DICK, “If cartels were legal, when would firms fix prices?”, en GROSSMAN, *How cartels endure and how they fail. Studies of industrial collusion*, Cheltenham, Northampton, 2004, pp. 144-173, sobre la *Webb-Pomerene Export Trade Act* 1918, que autorizaba los carteles de exportación que no interfiriesen con los precios del mercado doméstico de EE.UU. Cfr. COSTAS COMESAÑA, *Los carteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, 1997, p. 56.

de un enfoque similar a este en la actual crisis económica. La Ex Fiscal General de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia norteamericano, *Christine Varney*, recientemente repitió la observación de que la protección de cartelistas durante las épocas de crisis económica contribuye a exacerbar el problema y no a solventarlo.⁵⁴ De la misma forma, *Neelie Kroes*, en su día Comisaria de Competencia de la Comisión Europea, afirmó que permitir carteles en períodos de crisis “puede transformarse en nuestras peores pesadillas”.⁵⁵ *Alan Greenspan*, Ex Presidente de la Reserva Federal (*Federal Reserve*) norteamericana, desde hace mucho tiempo rival de la política de defensa de la competencia, admitió posteriormente que se había equivocado al poner demasiada fe en que los mercados auto corregirían las distorsiones y ha pedido una mayor regulación tras el colapso en la economía norteamericana.⁵⁶

⁵⁴ Cfr. VARNEY, *Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. Remarks as prepared for the United States Chamber of Commerce*, 12 de Mayo de 2009, *Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice* (<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm>); y cfr., también, EUROPEAN COMMISSION, *Reduction of structural overcapacity*, XXth Report on Competition Policy, 1982, points 38-41.

⁵⁵ Cfr. KROES, *Tacking cartels –a never-ending task*, Brasilia, 8 de octubre de 2009, (<http://europa.eu./rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/454&type=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>): “If I may quickly mention the issue of so-called “crisis cartels”... There may be many temptations in 2009 to cut corners, but encouraging cartelists and others would be guaranteeing disaster. It would drag down recovery, increase consumer harm and create more cartel and cartel cases into the future. No-one wins-today’s softness is tomorrow’s nightmare”. Cfr., también, COSTAS COMESAÑA, “Cárteles de crisis”, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (Dir.), *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Madrid et. al, 2010, p. 62, donde afirma que “compartimos esta opinión, en el entendimiento de que del contexto en el que se produce se puede interpretar que se refiere a los carteles de crisis duros, esto es, a los acuerdos secretos entre competidores que, lejos de perseguir la reestructuración eliminando sobrecapacidades estructurales mediante el cierre definitivo de instalaciones obsoletas, tienen por objeto dañar el bienestar del consumidor y de la economía general fijando precios artificialmente elevados, cuotas de producción y reparto de mercados. (...) Esta parece que es la política correcta, pues la historia económica evidenciaría que la relajación en la aplicación del Derecho de la Competencia en tiempos de crisis, lejos de favorecer el empleo y la recuperación económica, contribuye a incrementar los costes sociales (en forma de mayor desempleo) y a ralentizar la recuperación de la economía favoreciendo tendencias inflacionistas y la falta de inversión en nuevos productos”.

⁵⁶ Cfr. ANDREWS, “Greenspan concedes error on regulation”, *New York Times*, 23 de octubre 2008, (www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html).

II. LOS PRINCIPALES SISTEMAS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA: EUROPA Y ESTADOS UNIDOS

II.1 EL ANTITRUST NORTEAMERICANO

A) La *Sherman Act* y la regla de la prohibición *per se*

15. La discusión en torno a las funciones de la competencia ha encontrado resonancia en los principales sistemas normativos existentes en la actualidad. El *antitrust* norteamericano se originó a partir de 1860, con algunas leyes de los Estados norteamericanos,⁵⁷ hasta la promulgación, en el año 1890, de lo que iba a ser la legislación más conocida en este campo: la *Sherman Antitrust Act*,⁵⁸ que fue aprobada en medio de un ambiente de rabia e indignación por las acciones y prácticas de los denominados *barones bandidos*,⁵⁹ que eran los dueños de grandes empresas denominadas *trusts* –de ahí la denominación *antitrust*–.

⁵⁷ Y con la *Interstate Commerce Act* de 1887, que supuso la primera ley *antitrust* de los Estados Unidos. La normativa *antitrust* norteamericana ejerció una considerable influencia en las legislaciones de defensa de la competencia de otros países; cfr. NIETO MARTÍN, “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, en DELMAS-MARTY/PIETH/SIEBER (Dir.), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia, 2009, pp. 419-455. En otros ámbitos también es posible verificar la influencia norteamericana, tal como en la falsedad en la información social, que sigue el modelo de las *Securities Fraud*, orientándose a las autoridades de control y al mercado (y no a los socios). En contra: CASSESE, *La globalización jurídica*, Madrid, 2006, p. 14 y 28-29, señalando que “en el mercado global hay empresas industriales y bancos de muchos otros países, además de los de los Estados Unidos, lo que desmiente la idea de que la globalización esconde la americanización de la economía”; a nuestro juicio, nos movemos en un espacio jurídico cada vez más global, con una tendencia a la creación de un ordenamiento jurídico global. Sin embargo, las influencias norteamericanas son visibles y constatables, principalmente en el ámbito de la legislación de defensa de la competencia.

⁵⁸ 15 U.S.C., §§ 1-7. La mayor parte de la legislación estadounidense se consolida en el *United States Code* (USC): <http://www4.law.cornell.edu/uscode/>

⁵⁹ *J. P. Morgan, John D. Rockefeller y W. H. Vanderbilt*. Cfr. DÍEZ ESTELLA, *La discriminación de precios*, p. 33: “La insuficiencia del *Common Law* o los diversos derechos estatales –ineficaces por su propia limitación territorial- crearon una conciencia mayoritaria de la necesidad de una enérgica actuación en el plano federal. Existiendo acuerdo entre los partidos, se promulgó la *Sherman Act*, que como nuestra propia doctrina ha señalado acertadamente ‘está muy vinculada a la creencia *jeffersoniana* de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos”.

La originaria cultura liberal e individualista norteamericana, proclive al desarrollo del potencial personal a partir del principio de igualdad de oportunidades y reacia a cualquier forma de concentración de poder,⁶⁰ sirvió de base para el establecimiento de esta norma, que en su sección 1ª declara ilegales y sanciona con penas de multa y prisión a las *conspiraciones, contratos o acuerdos* en forma de *trust* o de cualquier otro modo que restrinjan el libre mercado o el comercio (*restraint of trade or commerce*)⁶¹ entre los distintos Estados o con naciones extranjeras.⁶²

16. La literalidad del texto de la *Sherman Act*, con expresiones vagas, genéricas e imprecisas,⁶³ ha transferido a los tribunales la tarea de realizar una intensa labor de interpretación. El Congreso norteamericano otorgó a los jueces federales un extraordinario poder para trazar las líneas maestras entre la cooperación aceptable y la colusión ilícita. Por otro lado, el Congreso también puso en manos de los economistas la interpretación inevitable de los términos directamente implicados con conceptos económicos, de lo que emergió una convergencia sin precedentes entre Economía y Derecho (*law and economics*).

La interpretación de la *Sherman Act* dio pie a un extenso debate sobre sus objetivos, de entre ellos: la maximización del bienestar, la justicia y la equidad en el mercado, fines redistributivos de la renta o la defensa de los intereses de grupos de presión, como los comerciantes o los granjeros.⁶⁴ Lo cierto es que la

⁶⁰ Cfr. CASSESE, *La globalización*, p. 14, donde señala que de los cien organismos económicos más grandes del mundo, 51 son empresas, 49 son Estados. El volumen de negocios de la *General Motors* es superior al producto interno bruto de países como Arabia Saudita, Turquía o Polonia. Los ingresos de *General Electric* son comparables a los de Israel y los de IBM son superiores a los de Egipto. Más de 145.000 empresas son transnacionales.

⁶¹ Varios autores afirman que esta legislación tiene raíces en la lejana doctrina del *Common Law* del *Restrain of Trade* británico. Nos parece incontestable la influencia de la legislación de Inglaterra del siglo XVI y de Francia. Cfr. GREEN, “The road to conviction – The criminalization of Cartel Law”, en HAWK, *International Antitrust Law & Policy*, Nueva York, 2003, pp. 13-22.

⁶² Los grandes *trusts* y posteriormente la ola de fusiones que tuvo lugar a principios del siglo XX en Norteamérica dio paso a leyes antimonopolio aún más severas como la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*, ambas de 1914. Estas leyes introdujeron, respectivamente, disposiciones sobre control de fusiones entre empresas y sobre protección de consumidores frente a conductas de competencia desleal y discriminación de precios.

⁶³ Muchos economistas despreciaban la *Sherman Act* por su incapacidad dialéctica, mientras que los Tribunales tenían que luchar para dar forma a sus vagos términos. SCHUMPETER (1954) en su clásico *History of Economic Analysis* de forma correcta se refería a *trusts* y *cartels*, terminología que se utiliza hasta hoy día.

⁶⁴ Cfr. KAPLOW/SHAVELL, “Fairness versus Welfare”, *HLR* 114/2001, pp. 966-967; HOVENKAMP, “Distributive Justice and Antitrust Laws”, *Geo. Wash. L. Rev.*, núm. 51, Rev. 1/1982; SCHWARTZ,

prohibición de acuerdos de precios entre competidores es un principio muy fuerte y que aún tiene acogida en el Tribunal Supremo norteamericano, con muy pocas excepciones.

17. Uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo norteamericano sobre una excepción a dicho principio fue en 1911 en el caso *Standard Oil Company*⁶⁵, un *trust* que fue dividido en otras 34 compañías. El Tribunal Supremo excluyó la interpretación literal de la Sección 1ª de la *Sherman Act* e introdujo el requisito de que la restricción no fuera razonable (razonabilidad), para que un acuerdo pudiera ser declarado ilegal (*rule of reason*).⁶⁶ Por razones de economía procesal, los tribunales han tipificado una serie de supuestos especialmente perjudiciales que se declaran ilegales *per se*,⁶⁷

“Justice and other non-economic goal of antitrust”, *UPLR* 127/1979, p. 1076; LANDE, “Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged”, *HLJ* 34/ 1982, p. 65; y DI LORENZO, “Origins of antitrust: An interest-group perspective”, *IRLE* 5/1985, p. 73.

⁶⁵ 221 US a (1911), *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*.

⁶⁶ A partir de los años 80, se fue creando un *corpus* de análisis económico y jurídico de los acuerdos *verticales* (acuerdos entre empresas en distintos niveles de la cadena productiva), que apoyaban la tesis de que las limitaciones verticales no suelen ser perjudiciales para la competencia, e incluso en algunos casos pueden ser favorables a la misma (asegurando la calidad de los productos, facilitando el acceso a nuevos mercados, etc.). En la jurisprudencia, poco a poco, se fue imponiendo esta doctrina, por lo que se ha dado prácticamente plena libertad a las empresas a la hora de escoger y relacionarse con sus clientes y proveedores. Solo se considera que hay colusión cuando hay un claro daño a la competencia, resultante en un perjuicio a los consumidores. Para ello suele ser un requisito esencial que la empresa tenga poder de mercado, lo que crea un cierto paralelismo con la figura de la monopolización. Muchos de los posibles casos de colusión vertical se enjuician como monopolización y no como colusión. Por otro lado, para los acuerdos *horizontales* (entre empresas del mismo nivel de la cadena productiva), denominados carteles de núcleo duro, no vale esta regla.

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, la sentencia 175 US 211 (1899) y 85 F. 271 (6th Cir. 1898), *Addyston Pipe and Steel Company v. United States*, donde los jueces se negaron a aceptar los argumentos de que los acuerdos de precios eran razonables y que eran una forma de prevenir una competencia poco sana. Cfr., también, POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, 1976, pp. 24-25, donde señala que el Tribunal Supremo norteamericano se negaba a aceptar argumentos de razonabilidad y que los acuerdos de precios pasaron a hacer parte de la ley contra las conspiraciones y no más parte de la ley de monopolios: “... a 1898 la Corte Suprema había establecido con firmeza el principio, sumamente importante para el desarrollo de una política de defensa de la competencia [de sonido], que los cárteles y otros acuerdos de fijación de precios fueron ilegales, independientemente de la razonabilidad del precio fijado ... la Corte decidió que era ineficiente la fijación colusoria de precios y que debe ser prohibida, el precio razonable es el precio competitivo ... en 1940, cuando la Corte Suprema emitió, en el caso *Madison Oil*, su declaración definitiva sobre la regla que prohíbe la fijación de precios, el requisito de demostrar un impacto probable en el precio de mercado había desaparecido. El delito ya no era imponer un precio monopolístico -sino el mero intento de imponer un precio monopolístico-, y no se requieren pruebas de que los acusados tengan posibilidades de tener éxito en su intento. La norma que prohíbe la fijación de precios se había convertido en una parte de la ley de conspiración en lugar de una parte de la ley del monopolio”. (Texto original: “... by 1898 the Supreme Court had firmly

sin necesidad de aplicar la regla de la *rule of reason*.⁶⁸ De hecho, los carteles de núcleo duro entran en esta categoría, pues son considerados *mala in se offences*, que significa que las conductas son ilícitas por sí mismas, por su naturaleza (*wrong or evil in itself*) y no por estar prevista en alguna norma (*mala prohibita offences*).⁶⁹

18. En el período de entreguerras lo que gobernó la economía de varios países fue la coalición entre empresarios y políticos, por encima de las fuerzas del mercado. La Gran Depresión de 1929 fortaleció esta visión y desembocó en el control de precios⁷⁰ y otras iniciativas regulatorias. El caso *Appalachian Coals v. United States*,⁷¹ una de las raras excepciones de la prohibición *per se* de la

established the principle, immensely important to the development of a sound antitrust policy, that cartels and other Price fixing agreements were illegal regardless of the ‘reasonableness’ of the Price fixed... the Court decided that collusive pricing was inefficient and should be forbidden; the reasonable price was the competitive price... by 1940, when the Supreme Court uttered its definitive statement of the rule against price fixing in the Madison Oil case, the requirement of demonstrating a probable impact on the market price had disappeared. The offense was no longer the charging of a monopoly price –it was the attempt to charge a monopoly price; and no evidence that the defendants were likely to succeed in their attempt was required. The rule against price fixing had become a part of the law of conspiracy instead of a part of the law of monopoly”).

⁶⁸ Cfr. KOVACIC/SHAPIRO, “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *JEP*, 14-1/2000, pp. 43-60, donde los autores dividen la vivencia *antitrust* norteamericana en cinco periodos: 1) la primera etapa de la *Sherman Act*: 1890-1914; 2) ascenso de la *rule of reason*: 1915-1936; 3) el énfasis en la estructura del mercado y normas *per se*: 1936-1972; 4) ascenso de la Escuela de Chicago: 1973-1991; 5) una síntesis post-Chicago: desde 1992.

⁶⁹ Cfr. la 356 US 1 (1958) *Northern Pacific Railway v. United States*, donde se señala que estos acuerdos son considerados ilegales incluso si el precio resultante de los mismos es razonable o competitivo. Cfr., también, *United States v. Trenton Potteries Company*, 273 US 392 (1927); tampoco se admite alegar que las empresas implicadas son pequeñas, o que su cuota conjunta de mercado es de dimensiones reducidas. Los Tribunales federales solo admiten algunas excepciones: por ejemplo, en una *joint venture* donde se acuerde limitar la competencia entre las empresas para asegurar el éxito de la misma; sin embargo, es necesario que la limitación este estrechamente relacionada con la actividad de la *joint venture*, y que no sea más amplia de lo necesario. Cfr. *Rothery Storage & Van Company v. Atlas Van Lines*, 917 F2d 348 Rs, DC Circuit (1986).

⁷⁰ Cfr. DíEZ ESTELLA, *La discriminación de precios*, pp. 51-54. Hasta mediados de los años 50 los países europeos desconocían los fenómenos que habían revolucionado el sector de la distribución en los EE.UU.: las cadenas comerciales y los supermercados. Los tres países europeos en los que el porcentaje de volumen de negocio de las grandes cadenas creció más rápidamente fueron los que introdujeron medidas contra la discriminación de precios en la década de 1970: Francia, Alemania e Irlanda. Por tanto, se puede afirmar que, a pesar de que se tiende a enfatizar más el aspecto pro-competitivo de estas leyes, sin hacer mención de su faceta proteccionista, en la mayoría de los casos, cuando se han introducido leyes anti-discriminación se ha hecho con el fin de preservar la existencia de los pequeños comercios, y en consecuencia la ilegalidad de la discriminación no depende en absoluto de su efecto nocivo para la competencia.

⁷¹ Cfr. 288 US 344 (1933) *Appalachian Coals Inc., et. al. v. United States*.

fijación de precios, solo puede ser entendido a través del contexto histórico de la Gran Depresión.⁷²

El Tribunal Supremo norteamericano restableció el principio de la prohibición *per se* de los acuerdos de precios en el caso *Socony-Vacuum Oil*,⁷³ al declarar ilegal una práctica que también data de la época de la Gran Depresión, para contrarrestar la disminución de los precios causada por el *dumping* de la gasolina en el mercado por las refinerías presas del pánico por la crisis, abandonando en definitiva la filosofía del caso *Appalachian Coals*. En esta decisión el Tribunal Supremo norteamericano dejó claro que los acuerdos horizontales de precios debían ser condenados sumariamente y tratados como delitos graves.⁷⁴

B) Las *guidelines* y los programas de clemencia

19. En 1976-1977 fueron editadas en los Estados Unidos las primeras *Guidelines*, importantes recomendaciones dirigidas a los jueces, bajo la influencia de los conceptos de la competencia viable, de los antecedentes del enfoque de la teoría de juegos y del paradigma de la estructura-conducta-performance asociado al trabajo de *Joe Bain*.⁷⁵

En los años 80, bajo la inspiración de la *Chicago School*, y durante la presidencia de *Ronald Reagan*, la política *antitrust* norteamericana experimentó una importante evolución, giro que desencadenó una corriente de pensamiento en la literatura especializada que se ha interrogado por la posibilidad y, en su caso, conveniencia, de que la *revolución antitrust* cruzara el océano hacia Europa, como efectivamente ocurrió.⁷⁶

⁷² Con una severa reducción en la demanda, y para prevenir pérdidas futuras, 137 productores de las minas de carbón localizados en la región de las montañas *Appalachian* formaron una compañía para buscar los mejores precios y para asignar las salidas entre los miembros. El Tribunal entendió que este acuerdo no era ilegal ya que debería ser considerado una respuesta razonable a la protección del mercado por prácticas destructivas. Posteriormente *Appalachian Coals* llegó a ser vista como una aberración de la era de la Depresión.

⁷³ Cfr. 310 US 150 (1940) *United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc.*

⁷⁴ Lo que fue reforzado a través de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S. 208 (1939), aceptando pruebas circunstanciales y no directas.

⁷⁵ Traducción al español: *Organización Industrial*, Barcelona, 1963.

⁷⁶ De entre estos autores se puede subrayar: HAWK; KINGDON y MARENCO.

El núcleo del debate propugnado por la nueva Escuela de Chicago se centra en considerar la maximización del bienestar como objetivo último del Derecho *antitrust*. Sus representantes -de entre ellos destacan *Bork*, *Posner*, *Easterbrook* y *Gerlhorn*- consideraban que las nociones de equidad no deben tener ningún peso en el análisis legal. Como atestiguan una serie de autores, la importancia de esta escuela ha decaído notablemente en los últimos años, pero el aporte de sus postulados jurídico-económicos en el Derecho *antitrust* ha supuesto un punto de inflexión en esta disciplina.⁷⁷

20. En los años noventa la lucha contra las colusiones se reforzó a través de la aplicación de la teoría de juegos en dos aspectos: primero, el Departamento de Justicia adoptó un Programa de Clemencia (*Corporate Leniency Program*), para conceder inmunidad al primer miembro del cartel que revelara su existencia y firmara un acuerdo para asumir su culpabilidad (*guilty plea*); en segundo lugar, se adelantó la barrera de protección penal, cubriendo los comportamientos que facilitan los acuerdos.⁷⁸

Hoy día, el Departamento de Justicia norteamericano celebra *acuerdos de culpabilidad (plea bargaining)*, como por ejemplo, el firmado con las empresas japonesas Fujikura y Denso, referente al cartel de componentes para automóviles; y también incoó un procedimiento de investigación al cartel de *ebooks* (libros electrónicos) y la fijación de precios por la empresa Apple.⁷⁹

⁷⁷ Sobre las restricciones verticales y las perspectivas de eficiencia, cfr. la sentencia 433 US 36 (1977), *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* Sobre los testes para comprobar la existencia de acuerdos, cfr. la sentencia 465 US 752 (1984), *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* y 485 US 717 (1988), *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* Sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano no había conciliado la tensión entre la aplicación de la *per se rule* y de la *rule of reason*; en la mayoría de las sentencias de este período se busca un término medio de análisis, como se puede ver en el supuesto 476 US 447 (1986), *Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*.

⁷⁸ De este período es el cartel de las vitaminas; sobre las multas aplicadas, véase el sitio web del Ministerio de Justicia norteamericano (http://www.usdoj.gov/aatr/public/press_releases/1999/2450.htm). Véase, también, la sentencia *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. 10 de agosto de 1994) (*final consent decree*).

⁷⁹ Cfr. *United States v. Apple, Inc., Hachette Book Group, Inc., HarperCollins Publishers L.L.C., Verlagsgruppe Georg Von Holtzbrinck GmbH, Holtzbrinck Publishers, LLC d/b/a Macmillan, The Penguin Group, A Division of Pearson PLC, Penguin Group (USA), Inc., and Simon & Schuster, Inc.*, Case 1:12-cv-02826-UA (<http://www.justice.gov/aatr/cases/applebooks.html>).

II.2 EL COMPETITION POLICY EUROPEO

A) El Tratado de Roma de 1957 y la integración en un mercado común

21. En Europa, sesenta y siete años después de la promulgación de la Ley *Sherman*, se suscribió el Tratado de Roma (1957), adoptando un modelo económico basado en la *automaticidad*⁸⁰ y en la supresión de trabas económicas entre los Estados miembros. Según dicho modelo, “son los propios sujetos privados de la economía quienes, operando en los nuevos espacios de actuación económica abiertos por la liberalización del tráfico en la Comunidad, sirven de agentes autónomos de la integración económica”.⁸¹

Con la integración de las economías nacionales, se sentaron las bases para el reconocimiento de un *Derecho económico del mercado*; es decir, una ordenación constitucional de la economía bajo el principio de libre competencia.⁸² El ordenamiento *antitrust* tenía objetivos claramente definidos: por un lado, evitar que a través de prácticas abusivas o acuerdos colusorios se llegara a una partición del Mercado Común; en segundo lugar, favorecer los procesos de concentración necesarios para competir en el mercado global, sin entrar en contradicción con el objetivo anterior.⁸³

B) El artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

⁸⁰ Cfr. SANSON-HERMITTE, *Droit Européen de la concurrence: cohérence économique sécurité juridique*, Paris, 1981, pp. 262-263, donde señala que la idea motriz del Tratado de Roma es la automaticidad: “si suprime todas las barreras entre los países europeos, el resto se efectuará por un encadenamiento de causas y de efectos que conducen finalmente a la mejor de las sociedades posible”.

⁸¹ Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, p. 89.

⁸² Así, pues, el Derecho europeo de la competencia es *Derecho económico* y, en concreto, una parte muy importante del Derecho económico de la Unión Europea. El Derecho europeo de la competencia, *lato sensu*, es el conjunto de normas jurídico-comunitarias que sirven para luchar contra las conductas de las empresas (y de los Estados) que tienen como objeto o efecto falsear la competencia en el interior del Mercado común, afectando al comercio intracomunitario.

⁸³ En esta primera etapa, el Derecho comunitario está llamado a cumplir una finalidad: la finalidad de integración, en el programa del Mercado Único. Desde el *Directorado General IV* (DG IV) – actualmente *DGComp* – haciendo un recorrido por los principales elementos de la política comunitaria de competencia, en las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha perseguido -sobre todo y por encima-, el objetivo específico de promover la integración.

22. En el artículo 101.1 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸⁴ (TFUE) se especifica que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta y otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.⁸⁵ Añadiendo que los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo

⁸⁴ Los arts. 4, letra c), y 65, 66 y 67 del TCECA-Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1952) sirvieron de inspiración a los autores del TCEE-Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1958), conocido como Tratado de Roma. En efecto, el régimen jurídico de la Unión Europea ha ido cambiando a lo largo del tiempo como consecuencia de sucesivos Tratados que han sustituido al originario Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma al 25 de marzo de 1957, y ello ha dado lugar a que unas mismas normas que ya aparecían en el Tratado de Roma, manteniendo incluso su texto originario, se hayan incorporado a los sucesivos Tratados con una numeración diferente. Hay que destacar el efecto negativo que esos sucesivos cambios de numeración del articulado produce para la aplicación de los textos afectados, pues ocurre, por ejemplo, que unos mismos artículos hayan tenido varios números de tal manera que esos cambios deben tenerse en cuenta al considerar la jurisprudencia y la doctrina que han tenido lugar bajo la vigencia de los sucesivos Tratados. En estos momentos rige el llamado Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Como consecuencia de la entrada en vigor de ese Tratado, rigen ahora el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) con el texto adoptado en Lisboa. Se dispone que la UE dispondrá de competencia exclusiva para el establecimiento de las normas sobre competencia para el funcionamiento del mercado interior (TFUE art. 3.1.b), y la UE tiene competencia compartida con los Estados miembros para “la protección de los consumidores” (TFUE art. 4.2.f).

⁸⁵ Cfr. TORRELLES TORRELLES, “El intercambio de información entre competidores en las nuevas directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal”, CASES (Dir.), *Anuario de la competencia 2010*, Bellaterra-Cerdanyola del Vallès, 2011, p. 234, donde señala que “el artículo 101.1 TFUE diferencia en principio entre dos tipos de acuerdos y prácticas concertadas: (i) aquellos que tienen el objeto de restringir la competencia (restricciones de la competencia por el objeto), y (ii) aquellos que no persiguen restringir la competencia, pero no obstante pueden acarrear efectos restrictivos sobre esta (efectos restrictivos de la competencia). La principal diferencia entre estos dos tipos de prácticas es que en el caso de restricciones de la competencia por el objeto, las autoridades de defensa de la competencia no se encuentran obligadas a demostrar la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado”.

serán nulos de pleno derecho. En el artículo 101.3 TFUE están previstas las excepciones a esta regla; es decir, las exenciones legales de los acuerdos.

En la Unión Europea la tradición reguladora ha sido mucho mayor que en los Estados Unidos, y también la confianza en que la intervención de los gobiernos solucionaría los problemas existentes en el mercado. Mientras que la *eficacia asignativa* ha sido, por lo menos desde 1970, uno de los principios rectores –si no el único- de la mayoría de las decisiones de política legislativa y judicial en los Estados Unidos, en la Unión Europea se da una mayor importancia a consideraciones de carácter social y político.⁸⁶

C) Diferentes visiones sobre el poder de las empresas

23. El choque de culturas jurídicas entre Estados Unidos y Europa sienta sus raíces en el hecho de que los americanos aprendieron a no confiar en las concentraciones de empresas y a preocuparse por los posibles abusos de su poder económico (*corporate power*). Al contrario, la historia europea cuenta con numerosas naciones, la colaboración en el comercio y la explotación colonial, hechos que fomentaron una actitud bastante más permisiva en relación a las ententes.⁸⁷ Por ejemplo, mientras que uno de los objetivos fundamentales

⁸⁶ De la literalidad de los preceptos que integran el Tratado de Roma y sus modificaciones es universalmente admitido que los fines de la política de competencia de la Unión Europea son económicos, sociales y políticos. No solo se busca maximizar la eficiencia, también hay que tener en cuenta otros objetivos, como el establecimiento de un mercado único, la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un crecimiento armonioso y sostenible, elevar el nivel de vida de las regiones menos desarrolladas, la globalización de los mercados, la consolidación de las libertades individuales y de la ciudadanía europea, etc.

⁸⁷ Y no apenas con relación a las ententes, existe una larga tradición de delitos de cuello blanco en Europa. Cfr. BALL, “El enfoque de la Teoría General de Sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco”, en BUENO ARÚS/GUZMÁN DÁLBORA/SERRANO MAÍLLO (coords.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid, 2006, p. 120, donde señala que “el panorama económico europeo proporciona amplias oportunidades delictivas para los empresarios del crimen en forma de regulaciones increíblemente complejas de las subvenciones del sector agrícola, diferencias en los tipos del IVA entre los estados miembros de la Comunidad Europea y sistemas de control que en algunos países apenas merecen dicho calificativo”; señala que una frontera abierta como la que existe entre Bélgica y los Países Bajos proporciona oportunidades especialmente buenas para los delitos de cuello blanco: “uno de los canales favoritos disponibles es la circulación de fondos a través de las fronteras de acuerdo con un ‘método carrusel’, en virtud del cual los fondos vuelven una y otra vez, con la correspondiente comisión de fraude en ambos lados de la frontera entre Bélgica y los Países Bajos o Alemania y Austria. La *respuesta positiva* (es decir, las recompensas en forma de beneficios ilegales) en cada etapa impulsa la actividad delictiva”.

del Derecho de competencia europeo es la eliminación de las prácticas que interfieran con el fin de la integración de los mercados, semejante *cláusula* no existe en el Derecho *antitrust* norteamericano. Así que en el ámbito estadounidense el tamaño no era un objetivo a conseguir, mientras en la Unión Europea sí. Si se quería estar en situación de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales, habría que permitir los acuerdos entre empresas. En consecuencia, el poder de mercado que de ahí se derivó era inevitable y, por ello, no se prohibieron las situaciones de dominio, sino solo el abuso del poder económico.

II.3 PRINCIPALES ASPECTOS PROCESALES DE AMBOS SISTEMAS

24. En cuanto a los aspectos procesales, el sistema de aplicación del derecho *antitrust* en EE.UU. es eminentemente descentralizado,⁸⁸ mientras que en la Unión Europea las potestades más importantes se atribuyen en exclusiva a las autoridades a nivel nacional o comunitario. El desarrollo de las reglas de competencia europeas queda en manos de la Comisión Europea (CE),⁸⁹ que es el brazo ejecutivo de la UE y sus poderes de investigación están determinados

⁸⁸ El Ministerio de Justicia norteamericano (*Department of Justice* - DOJ), dirigido por el Fiscal General Federal, a través de su División *Antitrust*, lleva a cabo la labor de investigar y combatir las violaciones del derecho de la competencia. Las anteriores normas federales solo se aplicaran cuando se restringa el comercio entre Estados dentro de Estados Unidos; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que las anteriores normas se aplican cuando la conducta estudiada pueda afectar al comercio interestatal, incluso en los casos en los que el sujeto investigado actúa dentro de un solo Estado. Esta interpretación da una competencia cuasi universal al gobierno federal dentro del derecho de competencia norteamericano. De hecho, todos los Estados, salvo Georgia y Pennsylvania, tienen normas de competencia y, en teoría, en muchos casos su aplicación e interpretación no depende ni está supeditada a la normativa y la práctica federales. Pero por regla general las autoridades estatales (normalmente la fiscalía del Estado en cuestión) suelen preferir utilizar los cauces federales en los casos de derecho de competencia, dada la falta de experiencia de los jueces estatales en temas de derecho de la competencia.

⁸⁹ La Comisión está encargada de asegurar que las provisiones del Tratado y sus regulaciones, directivas y decisiones de las instituciones de la Comunidad sean aplicadas; y someter propuestas al Consejo y al Parlamento Europeo para acciones legislativas. En lo que toca la legislación de la competencia, la Comisión debe asegurar la aplicación de los Artículos 101 y 102 del Tratado y debe investigar toda conducta sospechosa y poner un fin a tales infracciones. La Comisión opera de acuerdo a su “Código de Procedimiento”, que se adoptó en noviembre del año 2000 (OJ 2000 L308/26) y el “Manual de Procedimientos *Antitrust*”, conocido como *ManProc* (Comisión Europea, 30 de marzo de 2012).

por el Reglamento (CE) n° 1/2003.⁹⁰ La jurisprudencia europea en materia de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y del Tribunal de Primera Instancia (TPI) –actualmente, Tribunal General de la Unión Europea (TGUE)-⁹¹ se ha visto completada y desarrollada por numerosos textos jurídicos, de carácter obligatorio (reglamentos, directivas y decisiones) o no (recomendaciones y dictámenes).⁹²

25. En los Estados Unidos, las fiscalías generales de los Estados federados norteamericanos pueden solicitar interdictos de cesación de la conducta anticompetitiva, cuando afecta a la economía del Estado en cuestión o a alguno de sus residentes,⁹³ los que, por otra parte, podrían acudir directamente ante los Tribunales, algo que contrasta con el sistema europeo. Las empresas extranjeras que hacen negocios en EE.UU. deberán cumplir con las normas norteamericanas de derecho de la competencia. Sin embargo, conforme a la *Foreign Trade Improvements Act* de 1982,⁹⁴ incluso las empresas que no tienen presencia en EE.UU. podrían quedar sujetas a la normativa estadounidense, en los supuestos de colusión o monopolización que tengan un efecto “directo, sustancial, y razonablemente previsible” sobre el comercio en EE.UU.; la aplicación práctica de esta última disposición depende en muchos casos del

⁹⁰ Cfr. Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 101 y 102 del TFUE, en el que se determinan las atribuciones de la Comisión –órgano especialmente encargado, a través de la Dirección General de la Competencia, de la custodia del Derecho europeo de la competencia- y el procedimiento que debe seguirse en esta materia. Resulta interesante la lectura del *Informe sobre la política de competencia*, elaborado anualmente por la Comisión desde 1971.

⁹¹ La jurisprudencia es de difícil utilización, dada su abundancia, y debe realizarse con cautela, valorando las circunstancias concretas. Sin embargo, es cierto que el recurso a la jurisprudencia del TJCE constituye la fase última del *iter* lógico que debe seguir el intérprete del Derecho comunitario, sobre todo cuando el Tribunal se ha separado de las tesis sostenidas por la Comisión; entre tanto, la respuesta a un caso particular no siempre será extrapolable a otros semejantes (*case law*) como en el Derecho del *Common Law*.

⁹² Artículo 288 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁹³ La *Federal Trade Commission* (FTC) fue creada con la finalidad de complementar la labor del DOJ frente a conductas anticompetitivas. No existe entre ambas autoridades administrativas una relación de jerarquía, y en muchos campos tienen competencias concurrentes. Para minimizar la posibilidad de duplicidad de investigaciones el DOJ y la FTC han firmado un acuerdo de relaciones según el cual, por regla general, de la persecución civil de la discriminación de precios (*Robinson Patman Act*, 15 USC Sec. 13^a) se ocupa en exclusiva la FTC, mientras que de los delitos (tipos penales) se encarga el DOJ. El DOJ puede solicitar a los tribunales interdictos de cesación de la conducta anticompetitiva, el embargo de los activos utilizados, y la indemnización por triplicado de los daños causados al Gobierno Federal (*treble damages*).

⁹⁴ 15 USC Sec. 6^a.

estado de las relaciones internacionales y de las posibles inmunidades que el derecho de competencia extranjero otorgue a la empresa extranjera.

26. En cuanto a la normativa europea, el Legislador comunitario históricamente asumió como punto de partida la noción de *workable competition* o competencia viable.⁹⁵ Compartiendo de esta visión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) ha señalado que la competencia contemplada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) implica la existencia en el mercado de una *competencia eficaz*; es decir, de la dosis de competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y alcanzados los objetivos del Tratado y, en particular, la formación de un mercado único en el que se cumplan condiciones análogas a las de un mercado interior.⁹⁶

Con posterioridad, la Comisión Europea añadió otros objetivos esenciales al reglamento comunitario de protección de la competencia: mejorar el bienestar del consumidor y asegurar una eficiente asignación de recursos.⁹⁷ Un amplio sector doctrinal señala la inclusión del bienestar del consumidor como la razón última que explica y justifica la existencia del Derecho de la competencia comunitario europeo: “cualquier otro objetivo (igualdad de los agentes económicos, reducción del peso del Estado, retribución de las empresas eficientes, etc.) no es sino una confusión del fin u objetivo final del Derecho de la competencia con una fase anterior”⁹⁸, acercándose más al modelo norteamericano.

Una consecuencia importantísima de este cambio de interpretación de los objetivos de la *política legislativa* del Derecho comunitario de la competencia es la posible legalidad, por razones sustanciales, de comportamientos que *a*

⁹⁵ Cfr. CLARK, “Toward a concept of workable competition”, *AER*, 30/1940, pp. 241-256. La expresión se acuñó para referirse a la competencia que puede ser considerada como conducente a una aproximación razonable o socialmente aceptable para un rendimiento ideal en las circunstancias de una industria en particular (“was coined to denote competition that may be considered as leading to a reasonable or socially acceptable approximation to ideal performance in the circumstances of a particular industry”). *Encyclopedia Britannica*, 1999, Voz: Monopoly and competition.

⁹⁶ Cfr. la STJCE 25 octubre 1977, *Métro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission*, 26/76, *Rec.*, p. 1875). Esta exigencia admite que la naturaleza y la intensidad de la competencia puedan variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados.

⁹⁷ Cfr. KROES, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Comisión Europea, Londres, 15 de septiembre de 2005; discurso pronunciado en el “European Consumer and Competition Day”.

⁹⁸ Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, p. 119.

priori serían ilegales por razones formales. Se comprende, pues, que la jurisprudencia comunitaria afirme, por ejemplo, que un acuerdo que impida el comercio paralelo no debería ser relevante para el Derecho europeo de la competencia si no perjudica *al consumidor final*.⁹⁹ “La política de competencia en el seno del Mercado Común se enfrentará a las mismas consideraciones sobre la eficiencia que han llevado a direccionar la política *antitrust* norteamericana fuera de la preocupación sobre la equidad y la protección de los pequeños y medianos consumidores hacia el estándar del bienestar del consumidor que ahora aplican los tribunales”.¹⁰⁰

27. Contrastada con la normativa norteamericana, la europea se ocupa más de los resultados para la competencia y está dotada de un procedimiento más consensual.¹⁰¹ Otra manera de distinguir entre ellos es mirar a uno, el norteamericano, pensado para analizar el *comportamiento empresarial*, mientras que el europeo pone el énfasis en el *resultado económico o de mercado*.

El modelo norteamericano está más preocupado por cuestiones de evaluación de comportamientos y conduce de forma natural a la prevención a través del proceso judicial (leyes penales y derecho de daños), mientras que el modelo europeo se centra en el análisis económico, que se lleva a cabo, en general, mediante procedimientos administrativos de inspección, registro y solución negociada.¹⁰²

⁹⁹ Cfr. STPI 27 septiembre 2006, *GlaxoSmithKline Services Unlimited/Comisión*, T-168/01, apartado 119.

¹⁰⁰ Cfr. KAUPER, “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, *ALJ*, núm. 59, pp. 441 y ss.

¹⁰¹ Cfr. FOX, *European Competition Forum*, Bélgica, 2 de febrero del 2012 (http://webcast.ec.europa.eu/eutv/portal/_v_fl_300_en/player/index_player.html?id=14089&pId=14068). Esto se puede observar desde la disyuntiva concreta de la aplicación del artículo 102 del TFUE a la hora de proteger a los *competidores* o proteger a la *competencia*, en estos términos la Comisión actúa con flexibilidad y protege ambos objetivos en igualdad de condiciones, como por ejemplo en el Asunto *Tetra Pak II* manifiesta cómo las consideraciones en torno a la justicia o equidad mueven la política comunitaria de competencia en mucha mayor medida que la política *antitrust* americana. Es precisamente la preocupación por los pequeños competidores, como *Elopak*, lo que mueve gran parte de la jurisprudencia del artículo 86 y su aplicación extensiva al abuso de posición dominante en mercados vecinos. Sin embargo, los dos modelos se aproximan cuando se trata de la aplicación del artículo 101 TFUE a los carteles.

¹⁰² Apreciar las diferencias entre Estados Unidos y Europa requiere investigar los motivos históricos y políticos para entender el surgimiento de un combativo rechazo en EE.UU, paralelamente a un alto grado de tolerancia en Europa, en relación a las conductas colusorias de las empresas. Cfr. HARDING, “Business collusion as a criminological phenomenon: exploring the global criminalization of business cartels”, *CC*, 14/2006, p. 186, donde señala la necesidad de investigar el desarrollo de las diferentes

II.4 EL PUNTO DISCREPANTE: EL USO DE LA SANCIÓN DE PRISIÓN

28. Modernamente, la política europea de la competencia se ha alineado con la doctrina de la eficiencia norteamericana, pues con el transcurso de los años el objetivo de la integración de los mercados se ha ido alcanzando y consolidado, y se puede decir que ha muerto de éxito. Además, con la globalización económica experimentada en los últimos años del siglo XX y primeros del siglo XXI, es normal que se experimente un acercamiento entre modelos de política de la competencia; y no es casual que este deslizamiento del modelo europeo de política de competencia hacia el modelo estadounidense se haya producido a partir del período 1999 a 2004: es el tiempo que va desde la reforma de las restricciones de competencia a la entrada en vigor del Reglamento de procedimiento (CE) nº 1/2003. “Es el tiempo en el que se introduce el *more economic approach* del Derecho europeo de la competencia. Es éste obra de juristas y, sobre todo, economistas formados en Estados Unidos o, al menos, muy influidos por el Derecho *antitrust* estadounidense y el análisis o pensamiento económico que lo rodea”.¹⁰³ No obstante, este acercamiento entre el *antitrust* norteamericano y el *competition policy* comunitario europeo, hay un ámbito en el cual esto no ocurre, y es exactamente el de la aplicación de *sanciones penales* para los carteles.¹⁰⁴

29. Las sanciones por colusión en EE.UU. son más graves. Tras la última reforma de la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement Act 2004*, las penas son de prisión de hasta 10 años, y multa de hasta 100 millones de dólares para las empresas y hasta 1 millón de dólares para las personas físicas, o multa del doble del valor de las ganancias de la empresa o de los perjuicios ocasionadas a

culturas jurídicas y como se llega a la divergencia de percepción sobre unos fenómenos anticompetitivos idénticos: “*cualquier intento de explicar estas diferencias en el tiempo y el espacio en sí mismo es probable que se base en una investigación que se revela en el desarrollo de diferentes culturas jurídicas e indica una divergencia significativa en la percepción de fenómenos similares contrarios a la competencia*” (original: “any attempt to explain these differences in time and space is likely in itself to be based upon a revealing enquiry into the development of different legal cultures and indicates a significant divergence in the perception of similar anti-competitive phenomena”).

¹⁰³ Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, p. 119.

¹⁰⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 78, donde señala que: “Los *Estados Unidos* tienen una tradición de persecución penal activa de los carteles y, en particular sigue siendo el único país en el que es habitual la imposición de penas de prisión para los ejecutivos que integran el acuerdo anticompetitivo”.

terceros; o ambas penas cumulativamente, a discreción del tribunal.¹⁰⁵ Adicionalmente se aplican sanciones de inhabilitación y otras restrictivas o suspensivas de derechos o autorizaciones.

En la década de los 70, el tiempo medio en prisión era de 44 días, mientras que en la década de 80, era de 120 días, en los 90, subió para 247 días. El porcentaje de condenas llegó a 76% en el año 2005, con un tiempo medio en prisión de 703 días.¹⁰⁶ Los datos del año 2014 del DOJ confirman un aumento en el porcentaje de condenas y de personas condenadas a penas de prisión, como lo demuestra la siguiente tabla.

FIG. 1 – TIEMPO MEDIO DE PRISIÓN POR CONDENA POR CRÍMEN DE CARTEL EN ESTADOS UNIDOS (PERÍODO 1990-2013)

Período	Personas condenadas a penas de prisión (%)	Tiempo medio de prisión impuesto en las sentencias (meses)
1990-1999	37	8
2000-2009	62	20
2010-2013	70	25

¹⁰⁵ Originalmente, junto con penas de multa, la *Sherman Act* sancionaba con una pena de prisión de hasta un año, elevada a tres años en 1974 – al calor de la preocupación social por las altas tasas de inflación provocadas por la crisis del petróleo ocasionada por la actuación de la OPEP como cartel. En el año 2004 la pena de prisión subió a los diez años, en el contexto del previo descubrimiento y persecución de graves fraudes contables y financieros (como el caso *Enron*) y con la intención de equiparar las sanciones por los delitos contra la competencia con las previstas para otros delitos de *cuello blanco*.

¹⁰⁶ Cfr. WEDEN, “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment fit the Crime”, *ECJ*, marzo/2009.

Fuente: Department of Justice: "Antitrust Division 2014 Criminal Enforcement Update"

A continuación profundizaremos en el estudio de los fenómenos de carteles de núcleo duro, su dinámica y modo de operar, para después entrar en el análisis de la más importante diferencia entre los principales sistemas de protección de la competencia; o sea, los que optan por la utilización del Derecho penal en este ámbito.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PROHIBICIÓN DE CARTELES DE NÚCLEO DURO

III.1 INTRODUCCIÓN

30. Por lo que puede fácilmente derivarse de lo expuesto hasta este punto, las prácticas relacionadas con los carteles están prohibidas tanto en Estados Unidos cuanto en la Unión Europea, pues “los carteles, la tipología más clásica de conducta colusoria, han sido considerados tradicionalmente como la práctica restrictiva de la competencia que mayores daños ocasiona a los consumidores y que mayores dificultades encuentra para justificarse desde el punto de vista de sus beneficios para el bienestar general”.¹⁰⁷ A la vez, dichas normativas de protección de la competencia son la fuente de inspiración de muchos otros países. Lo que vamos a ver ahora es cómo surgen los carteles, cuál es su *modus operandi* y qué tipos de daños causan.

III.2 QUÉ SON, CÓMO OPERAN Y QUÉ DAÑOS CAUSAN LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO

The term cartel was virtually unknown to the American language a generation ago. Like most borrowed words, when first taken over it meant different things to different persons. Time was required to crystallize its meaning”¹⁰⁸

¹⁰⁷ Cfr. DÍEZ ESTELLA/GUERRA FERNÁNDEZ, “Capítulo I. De las conductas prohibidas”, MASSAGUER FUENTES (Dir.) [et al.], *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª ed., Navarra, 2010, p. 30.

¹⁰⁸ Cfr. STOCKING/WATKINS, *Cartels in action: Case studies in international business diplomacy*, Nueva York, 1946, p. 3.

31. El término cartel tiene una complicada etimología¹⁰⁹ y en su uso corriente predomina un tono siniestro. Para muchas personas el término conlleva la idea de lucha contra el crimen organizado, ya que viene encapsulado en la expresión *cártel de drogas*. En el contexto que aquí nos interesa –del análisis de los carteles económicos en cuanto fenómenos criminológicos, es decir, de la criminalidad económica–, el término representa el peor tipo de delincuencia en el final del espectro de conductas contra la libre competencia, y es comúnmente calificado con el adjetivo *hard core*, pues se trata del *núcleo duro* de las conductas anticoncurrenciales.

La connotación siniestra del término cartel puede percibirse desde la jurisprudencia y doctrina penales. Tomando, por ejemplo, un libro sobre Derecho de la competencia muy utilizado en Inglaterra, el de *Whish y Bailey*, es posible comparar un uso más neutro del término *cartel agreement* en las ediciones más antiguas, y un enfoque claramente peyorativo a partir de la 4ª edición, del año 2001 -y que se mantiene en las siguientes ediciones-. Esto refleja el creciente interés de las agencias estatales en la erradicación de los carteles *hard core*, y sienta la idea -sin concesiones y de forma inflexible-, de que: “en ambos niveles, moral y práctico, no hay mucha diferencia entre la fijación de precios y el robo”.¹¹⁰ Esta *idea-concepto* es ampliamente compartida en la actualidad por los países de la familia jurídica del *Common Law*.¹¹¹

32. Pese a la indudable connotación peyorativa del término cartel, el significado jurídico preciso de este término sigue siendo elusivo. Vale la pena reflexionar inicialmente sobre su uso epistemológico. En la definición legal, como en las

¹⁰⁹ Cfr. PIOTROWSKI, *Cartels and Trusts*, Philadelphia, 1933, con referencias. En la acepción económica el término *cartel* no lleva tilde (véase la nota a pie de página núm. 2).

¹¹⁰ Cfr. WHISH/BAILEY, *Competition Law*, 7ª ed., Oxford, 2011, pp. 414-415.

¹¹¹ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal”, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (dirs.) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Madrid, 2008, p. 82: “Lo que un estadounidense calificaría vulgarmente como *un robo*, para un español sería una simple acuerdo empresarial”. Cfr. también DIETER EHLERMANN/ATANASIU, “Is criminalization of EU Competition Law the answer?”, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, Oxford/Portland, 2007, pp. 275/276: “La imposición de sanciones penales por violación de la Sección 1 de la Ley Sherman requiere la comprobación del dolo. De hecho, en EE.UU. los valores de la defensa de la competencia disfrutan de un consenso muy amplio, y la fijación de precios se considera inmoral, igual que un robo” (original: “The imposition of criminal penalties for violation of Section 1 of the Sherman Act requires a finding of criminal intent. It also carries a rather strong stamp of moral condemnation. Indeed, in the US, antitrust values enjoy a very wide consensus, and price fixing is considered to be immoral, like theft”).

cosas de la vida, puede ser más fácil reconocer el fenómeno que describirlo.¹¹² Quizás ese es el problema para los operadores del Derecho. ¿Qué es el cartel? ¿Un acuerdo, una colusión,¹¹³ un grupo de comerciantes o una conspiración para delinquir? Con frecuencia el término se utiliza en todos estos sentidos, pero la discusión va más allá de los posibles significados semánticos, pues el significado legal limita lo que es el *objeto* de protección y regulación por la ley –sea ella de naturaleza penal, o no-, y ayuda a delimitar su uso o concepto legal.

La definición legal de cartel admite una pluralidad de conductas referidas al mismo fenómeno como, por ejemplo, la conducta en sí misma (v.g., la fijación de precios), el acuerdo de voluntades, el modo furtivo de actuar, el plan colectivo, la toma de decisiones y cómo se pone en práctica para obtener los resultados deseados.¹¹⁴ En segundo lugar, pueden existir percepciones distintas de la misma materia. El empleo del término por los operadores del Derecho suele ser más elusivo que el uso –más categórico- en contextos como los ámbitos disciplinarios.

Por otro lado, la doctrina europea de inicios del siglo XX utilizaba el término de forma relativamente benigna. Por ejemplo, *Liefmann* afirma que, en su forma usual, los carteles, “sobre todo, están dibujados para igualar la perturbación en la industria por las medidas comerciales o políticas y sus frecuentes oscilaciones; e, incluso, a veces, para alejarlas por completo”.¹¹⁵ Esta visión fue

¹¹² Cfr. BORK, *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, New York, 1993, p. 263, donde señala que la regla más valiosa es la *per se rule*. (Original: “The law’s oldest and, properly qualified; most valuable rule states that it is illegal *per se* for competitors to agree to limit rivalry among themselves”).

¹¹³ Cfr. Díez Estrella/Guerra Fernández, “Capítulo I. De las conductas prohibidas”, pp. 30/31, donde señala que no todas las conductas colusorias son carteles: “No está exento de críticas la calificación de ‘conducta colusoria’ a toda la tipología de conductas recogidas en el artículo 1 de la LDC en la medida que el término ‘colusión’, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua, hace referencia a un ‘pacto ilícito con daño a tercero’. La LDC mantiene como conducta prohibida por su artículo 1, tal cual estaba en el texto de la LDC 1989, la prohibición de las conductas ‘conscientemente paralelas’. Al margen de la cuestión terminológica, esto es, que no parece que pueda calificarse a una conducta conscientemente paralela como una conducta colusoria dada la inexistencia de pacto alguno entre las partes, ni expreso ni tácito, la posición doctrinal mayoritaria ha sido la de abogar por su supresión, no faltando, en todo caso, algunas voces que se han inclinado por su mantenimiento”.

¹¹⁴ La política norteamericana de protección de la competencia mira el fenómeno como una *conspiración* para delinquir, mientras que la legislación comunitaria europea pone el acento en la conducta contumaz y furtiva; el Tribunal de Primera Instancia (TPI) se refirió a la estructura total; es decir, el cartel en su conjunto, como base para la imputación de responsabilidad a la imposición de sanciones (Véase el apartado I.4, arriba).

¹¹⁵ Cfr. LIEFMANN, *Cartells et trusts: évolution de l’organisation économique*, Paris, 1914.

cambiando y términos como atroz, descarada y manifiesta infracción contra la competencia, serios atentados contra la competencia, etc., se incorporaron al lenguaje de las conductas asociadas a los carteles económicos.

33. Del contacto con la literatura sobre carteles económicos se pone de manifiesto una cierta imprecisión de términos –menos común en Economía-, pero que fue disminuyendo con la globalización. Cabe decir, pues, que para los economistas el término siempre fue muy conocido y manejado, mientras que el término cartel era mucho más desconocido para las personas comunes o para los juristas.

Para los economistas, términos como *prohibidos*, *inmorales*, *perversos*, son juicios subjetivos y no descriptivos, y están fuera del discurso de la Teoría Económica, que se describe a sí misma como positivista, y reducir la protección normativa de la competencia a juicios morales representa descender a un campo en el que el consenso es difícil o, prácticamente, imposible.¹¹⁶ Lo cierto es que si un economista pone el foco en la eficiencia de la asignación de recursos, puede llegar a las mismas conclusiones que un moralista, pero sin llenar el equipaje de juicios normativos.¹¹⁷

34. Por otro lado, para las ciencias penales –criminología, política-criminal y dogmática-, la imprecisión es parte de la historia de la criminalización de los carteles. Una gran parte de la incertidumbre sobre la necesidad de incluir, o no, tales comportamientos en el calendario de discusión del Derecho penal contribuye a esta falta de precisión lingüística; por este motivo es muy importante ocuparse de la precisión técnica del término y contribuir a despejar esta incertidumbre.

A) Los acuerdos horizontales contrarios a la competencia

¹¹⁶ Cfr. POSNER, “Law and economics *is* moral”, en *Val.U.L.Rev.*, núm. 24, 1990, pp. 163-166, cfr. también “The Chicago school of antitrust analysis”, en *U.Pa.L.Rev.*, núm. 127, 1979, p. 925-928; BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, Nueva York, 1993; y HOVENKAMP, “Distributive Justice and the antitrust law”, *Geo. Wash. L. Rev.*, núm. 51, 1982.

¹¹⁷ Cfr. BUCHANAN, “Good Economics – Bad Law”, *Va. L. Rev.*, núm. 60, 1974, 483-486. Sobre elementos *morales* véase la carta de la Santa Sede sobre la necesidad de que la industria farmacéutica venda medicinas a buen precio en “Ethics cannot justify fixing the highest prices for medicine”, *L'Osservatore Romano*, edición 11/07/2011. (http://www.catholicculture.org/docs/doc_view.cfm?recnum=3966&longdesc.)

35. La *International Competition Network* (ICN) ha condensado en una fórmula sencilla la definición de carteles económicos: son *acuerdos entre empresarios para no competir entre sí mismos*.¹¹⁸ De ahí que, como *mínimo*, surjan los siguientes requisitos:

- (i) Un acuerdo de voluntades;
- (ii) Entre empresas competidoras;
- (iii) Para restringir la competencia.

Ahora bien, este concepto no ayuda a precisar qué conductas deben de considerarse prohibidas; es decir, qué conductas determinan que el acuerdo empresarial pueda restringir o eliminar la competencia.¹¹⁹ Por lo tanto, conviene efectuar una primera e importantísima precisión: los acuerdos anticompetitivos pueden ser realizados entre empresas en un mismo plan o nivel en el mercado; es decir, entre competidores directos (*acuerdos horizontales*), o por empresas en niveles diversos en el mercado como, por ejemplo, entre proveedores y principales (*acuerdos verticales*).

Una clave para entender el tratamiento jurídico diferenciado que se da a las restricciones verticales está en el hecho de que los acuerdos se adoptan entre empresas que no compiten entre sí, por lo que se trata de conductas racionales desde el punto de vista económico y jurídico.¹²⁰ Por otro lado, los acuerdos

¹¹⁸ Cfr. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, “Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties”, *Building blocks for effective anti-cartel regimes*, Grupo de Trabajo sobre Carteles, 4ª Conferencia anual, Bonn, Alemania, 6-8 junio, 2005. La ICN surgió de la iniciativa del Comité Asesor para Política Internacional de Competencia de Estados Unidos y en 25 de octubre de 2001 los dirigentes de competencia de 14 jurisdicciones: Australia, Canadá, Unión Europea, Francia, Alemania, Israel, Italia, Japón, Corea, México, Sudáfrica, Reino Unido, Estados Unidos y Zambia, pusieron en marcha esta organización no-gubernamental con el objetivo de una mayor convergencia del análisis y de la legislación sobre competencia, y para incentivar la comprensión y una cultura comunes en esta materia.

¹¹⁹ Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, p. 12, añade la actividad económica a la definición de cartel: “An organization of independent enterprises from the same or similar area of economic activity, formed for the purpose of promoting common economic interests by controlling competition between themselves”. Sin embargo, nos parece claro que empresas que se dedican a actividades económicas muy diversas no van a ponerse de acuerdo para fijar precios o repartir mercados una vez que sus productos no compiten entre sí en un determinado mercado.

¹²⁰ Cfr. ZURIMENDI ISLA, “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, en *InDret*, Barcelona, 1/2007, donde señala que “aplicando parámetros de racionalidad económica, si dos competidores, esto es, personas que concurren en el mismo mercado y por tanto con intereses en principio inconciliables e incompatibles, acuerdan algo (restricción horizontal), lo más probable es que lo hagan con fines colusorios (obtener precios supracompetitivos, repartir mercados, eliminar

horizontales; es decir, entre empresas que compiten entre sí, para restringir o eliminar la competencia, suelen ser denominados carteles *hard core* o de núcleo duro. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) enumera las siguientes conductas caracterizadoras de carteles *hard core*:¹²¹

- (i) La fijación de precios;
- (ii) El amaño de licitaciones;
- (iii) El establecimiento de restricciones o cuotas de producción;
- (iv) La división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios, o líneas de comercio.

36. La fijación de precios se produce cuando se fija o altera –al alza o a la baja– voluntariamente y de manera más o menos simultánea el precio de un mismo producto. No es necesario que todas las empresas fijen el mismo precio.¹²² El acuerdo de precios también puede consistir en establecer precios mínimos, crear o eliminar descuentos, notificar previamente las alteraciones de precios, fijar las condiciones de crédito a los clientes. Ya el amaño de subastas suele producirse en los concursos de adjudicación de contratos públicos, aunque también se puede observar en subastas privadas. Consiste en acordar conjuntamente las ofertas a presentar en la subasta con el fin de eliminar competencia en ésta. En cuanto a los supuestos de limitación de la producción y reparto de mercados, se trata de fijar cuotas de producción para mantener artificialmente alto el precio de un producto y, respectivamente, un acuerdo entre las empresas para no entrar en el territorio una de la otra, o repartir los clientes.

competidores), ya que los pactos entre competidores con fines lícitos son altamente improbables y sólo económicamente racionales en circunstancias excepcionales. En cambio, los acuerdos verticales, al ser celebrados por no competidores, esto es, por personas con intereses distintos pero que sí son conciliables y compatibles, son desde el punto de vista económico totalmente racionales, pues la intención natural de las partes será colaborar contractualmente resolviendo los problemas de las partes compatibilizando sus intereses con el objetivo de optimizar los beneficios de ambos reduciendo los costes de transacción, fin que resulta lícito”.

¹²¹ Cfr. OCDE, *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels*, C/M (98)7/PROV, adoptada por el Consejo en la 921ª Sesión en 25 de marzo 1998.

¹²² En el ámbito del derecho *antitrust* norteamericano se distinguen perfectamente los supuestos de *price-fixing*; como hemos visto más arriba, se trata de una práctica tradicionalmente declarada por la Sección 1ª de la *Sherman Act* como ilegal *per se*; es decir, con independencia de sus efectos sobre el mercado y la competencia, de los supuestos de *discriminatory pricing*, o precios predatorios, a los que se aplican otros estándares.

37. Otro aspecto preliminar, también importante, son las características de los carteles de núcleo duro: la conspiración y el secreto. Por ejemplo, en el cartel de los aparatos utilizados en las subestaciones eléctricas para controlar los flujos de energía eléctrica denominados *conmutadores con aislamiento de gas*¹²³ (*gas insulated switchgears*), los miembros del cartel utilizaban códigos para ocultar el nombre de las empresas y la identidad de los participantes; todas sus comunicaciones por e-mail, SMS o telefónicas estaban cifradas a través del uso de sofisticados sistemas informáticos; se utilizaban cuentas anónimas de correo electrónico a las que accedían muchas veces desde locales públicos (*cibercafés*). Los miembros del cartel tenían instrucciones de borrar cada mensaje del buzón de entrada/salida tras haberlo enviado/recibido, así como de descargar los archivos adjuntos directamente en dispositivos externos de memoria (*pen-drives*), en lugar de abrirlos.¹²⁴

Obsérvese, con todo, que un acuerdo entre competidores que se unen, por ejemplo, una *fusión* entre empresas,¹²⁵ puede ser un acuerdo competitivo u anticompetitivo - al contrario de las actividades de los carteles - que son en su gran mayoría anticompetitivas.¹²⁶ Por lo tanto, carteles son actividades de cooperación entre competidores identificables a través de lo que hacen y de lo que no hacen.

En la actividad colusoria los competidores se ponen de acuerdo en términos materiales sobre la competencia; por ejemplo, los precios que cobrarán, cómo van a competir en determinado mercado y cómo van a tratar a determinados

¹²³ Dec. Com. de 24 de enero de 2007, COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*.

¹²⁴ Cfr. WARD/HERNÁNDEZ SASETA CUATRECASAS, “Una Revolución para la Defensa de la Competencia en España”, en CREUS CARRERAS (coord.), *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia – Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, 2008, p. 464.

¹²⁵ La fusión produce un aumento de eficiencia por la integración, pues es un acuerdo entre competidores para reunir más recursos o medios en orden a desarrollar nuevos productos o a adicionar otros clientes. Como regla, estos acuerdos son pro-competitivos y no guardan ninguna semejanza con las actividades de los carteles.

¹²⁶ Cfr. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel* (2006/C 298/11, n° 2), donde se explica la *ratio legis* de la prohibición de los carteles desde una óptica claramente economicista: “Al limitar de forma artificial la competencia que de otro modo existiría entre las empresas, éstas se sustraen precisamente a aquellas presiones que les llevan a innovar y desarrollar sus productos y a introducir métodos de fabricación más eficaces. Este tipo de prácticas provoca además el encarecimiento de las materias primas y de los componentes que las empresas comunitarias adquieren a los productores. Tales prácticas tienen como consecuencia última unos precios artificiales y una merma de las posibilidades de elección del consumidor. A largo plazo, ocasionan una pérdida de competitividad y reducen las oportunidades de empleo”.

clientes.¹²⁷ Las prácticas colusorias, los acuerdos sobre los términos de la competencia o sobre cuando competir *no son* una actividad normal de unión entre empresas integrando sus actividades como forma de garantizar más eficiencia y beneficiar a los consumidores (lo que es normal, *v.g.*, en una *joint venture*),¹²⁸ sino que se entienden como un *juego sucio* que no respeta las reglas.¹²⁹

¹²⁷ Cfr. BERENGUER FUSTER, “A vueltas con los intercambios de información”, en CASES (Dir.), *Anuario de la competencia 2010*, Bellaterra-Cerdanyola del Vallès, 2011, p. 27, sobre un supuesto de cartel que se utilizaba de una asociación profesional: “Un caso paradigmático lo constituyó la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 sobre el sector de peluquería profesional. En el expediente se analizó la conducta de ocho empresas y una asociación consistente en la adopción de acuerdos de intercambio de información comercial sensible y de no captación de trabajadores, y esos acuerdos fueron calificados como cartel. Las circunstancias concurrentes en el caso llevan a la conclusión de lo acertado de la apreciación teniendo en cuenta que se trataba de un intercambio de información sobre precios y tarifas, incrementos de precios recientes y previsión de fecha y montante de incremento de precios futuros y, además, las reuniones vinieron celebrándose durante diecinueve años con regularidad semestral y, adicionalmente, si alguna de las empresas no facilitaba los datos en la reunión, le eran reclamados para distribuirlos posteriormente entre los componentes del grupo. (...) Si nos atenemos al supuesto concreto que se analiza y que fue resuelto por la citada Resolución de la CNC, difícilmente podría encontrarse una explicación alternativa a unas reuniones, celebradas en el seno de un comité específico de la asociación profesional que se ha extendido durante un período de casi veinte años, con una duración semestral y con un nivel de información detallado e incluso mecanismos para suplir sus deficiencias. Por otra parte, aparece un elemento adicional que puede ponerse de manifiesto para la calificación como cartel, elemento que tiene relación con el carácter de organización, ya que se trata de un sistema de organización permanente y que funciona, entre otros extremos, para intercambiarse información y ello, en las circunstancias descritas, no puede tener por objeto más que la fijación de precios. Nuevamente debe señalarse que no es posible caer ni en el nominalismo ni en los análisis superficiales para conductas que son complejas”.

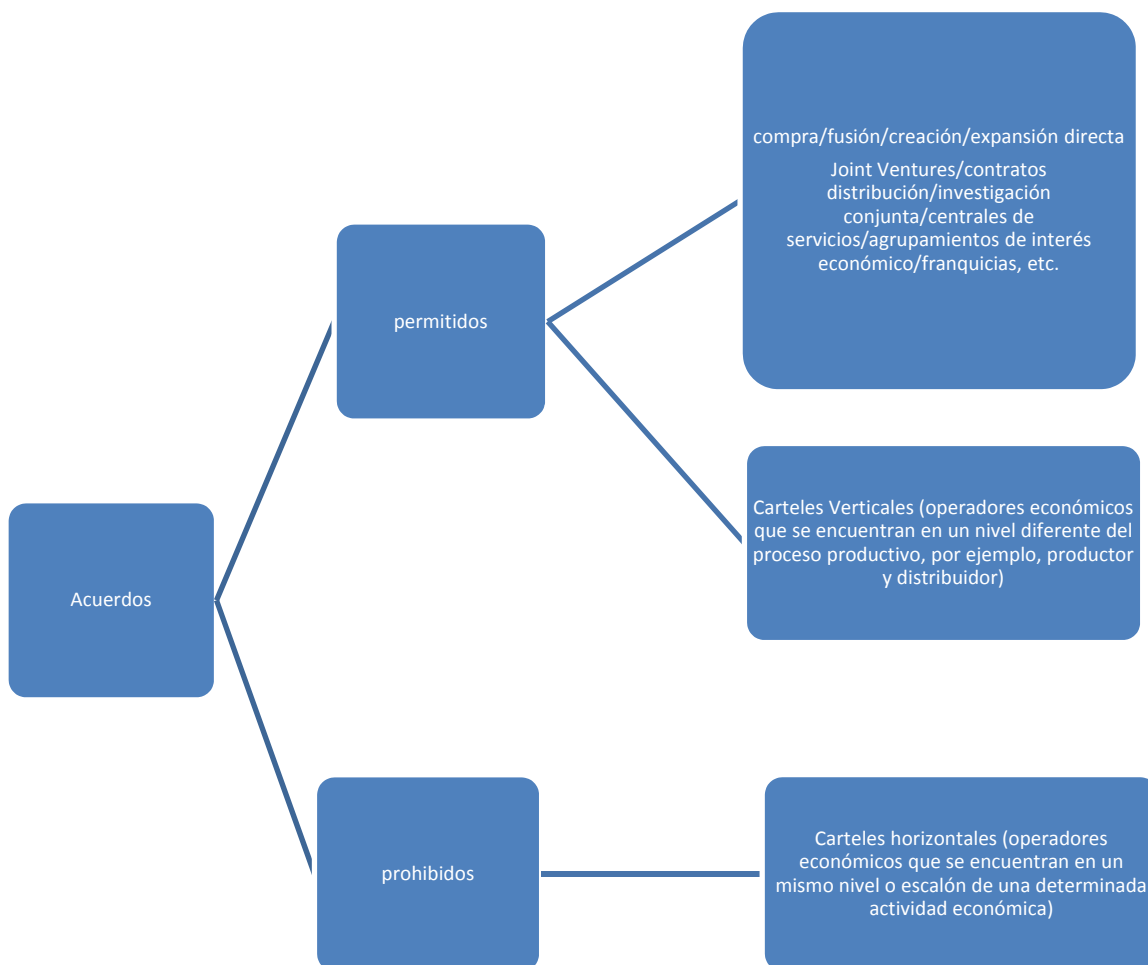
¹²⁸ Cfr. GOÑI URRIZA, “La protección de los derechos de los consumidores en el Derecho europeo de la Competencia”, en CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord. Ed.), *Derecho penal de la empresa*, Navarra, 2002, p. 359: “(...) la Comisión considera que constituyen beneficios para los usuarios finales, por ejemplo, la mejora de la seguridad de los productos, así, *ad ex.*, el acuerdo entre dos productores de neumáticos que compiten entre sí, para el desarrollo de un nuevo neumático de seguridad para automóviles. O los efectos favorables para el medio ambiente que resulta de la reducción del empleo de materias primas, residuos plásticos y la supresión del transporte de etileno, o simplemente el respeto de las limitaciones de los aeropuertos en materia de ruidos. La fiabilidad en la fabricación de excavadoras hidráulicas y productos afines fue un criterio determinante para autorizar la creación de una empresa común entre Fiat e Hitachi”.

¹²⁹ Cfr. ROBLES MORCHÓN, *Dos ensayos de teoría comunicaciones del derecho*, Madrid, 2009, p. 45: “El juego sucio está prohibido y sancionado, y la prohibición se expresa mediante reglas deónticas, es decir, reglas que establecen los deberes de conducta deportiva. (...) Cuando hay competencia, ¿basta la regla de libertad de entrar en el juego y la de lealtad a las normas del juego o es preciso algo más? Si hemos de competir, es más que razonable que lo hagamos en igualdad de condiciones y que, además, quienes hayan de decidir en caso de perplejidad, duda o conflicto, sean imparciales. Aquí nos hallamos entonces ante dos principios básicos que se añaden al de libertad y al de lealtad. Se trata del principio de igualdad y del de imparcialidad”.

38. Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria, los criterios de coordinación empresarial aceptables, o aceptados, deben interpretarse a la luz de un criterio de competencia según la cual “todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado, sustituyendo los riesgos de la competencia por la cooperación, abandonando de forma voluntaria su independencia de conducta en el mercado, lo que reduce el juego de la competencia”.¹³⁰ De aquí en adelante, vamos a utilizar la denominación de carteles o carteles de núcleo duro como expresiones sinónimas a los efectos de esta investigación. En el siguiente esquema se pueden ver los acuerdos prohibidos y permitidos, lo que facilita la percepción de las diferencias entre ellos.

FIG. 2 – ACUERDOS PERMITIDOS Y PROHIBIDOS POR LA
NORMATIVA DE COMPETENCIA EUROPEA

¹³⁰ Cfr. LÓPEZ GÁLVEZ, “Programa de clemencia y el concepto de cartel”, en CASES (Dir.), *Anuario de la Competencia 2010*, Bellaterra-Cerdanyola del Vallès, 2011, p. 119.



B) Mecanismos y técnicas de colusión en las licitaciones

39. Entre los carteles de núcleo duro se encuentra un subgrupo que tiene unas características propias -lo que justifica sean ubicados en un apartado distinto-, que son los carteles en licitaciones, pues no se encuadran en los sistemas de economía de mercado, sino en la contratación pública.

Según la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*,¹³¹ de la CNMC, “el éxito en los intentos de colusión es más probable cuando las empresas son capaces de acordar objetivos y medios comunes para alcanzarlos, de verificar la aplicación de lo acordado y de sancionar a los participantes en el acuerdo que lo incumplan. La existencia de este conjunto de condiciones depende a su vez,

¹³¹ Cfr. CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia* (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf)

principalmente, de las características de los mercados en que se desarrolla la contratación pública y del diseño del proceso de contratación”.

39. La colusión en la contratación pública tiende a ser más factible cuando el mercado es estable porque, por ejemplo, existen barreras de entrada que dificultan o impiden la entrada de nuevos competidores, y no parece probable que se produzcan modificaciones importantes de las condiciones de demanda, o innovaciones tecnológicas significativas en el producto en cuestión, como por ejemplo el cartel del abastecimiento de leche para las escuelas públicas norteamericanas.¹³²

Todo ello propicia no solo la realización de acuerdos sino también la posibilidad de extender su duración a lo largo de mayores períodos de tiempo. También es más factible la colusión cuando el producto o servicio que ofrecen las empresas es relativamente homogéneo, lo que facilita la consecución de acuerdos respecto al precio ofertado¹³³; cuando los productos o servicios objeto de la contratación pública no cuentan con sustitutivos cercanos, de manera que los órganos contratantes pueden tener pocas alternativas cuando los licitadores alcanzan un acuerdo, y cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre las empresas participantes en el mercado que pueden facilitar la coordinación y el seguimiento del comportamiento de todas ellas.

Por poner un ejemplo, entre los años 1992 y 1995, siete laboratorios presentaron precios iguales en concursos convocados por el Servicio Andaluz de Salud para

¹³² Cfr. CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, p. 34: “En la década de los noventa se descubrió la existencia de acuerdos entre competidores para falsear la competencia en la contratación pública de leche para colegios de EE.UU. Esta práctica se vio favorecida por la concurrencia de las siguientes circunstancias: el producto ofertado era idéntico, el mercado era estable, y existían múltiples licitaciones repetidas en lotes pequeños. La colusión en este ámbito se mantuvo durante décadas, y fue caracterizada por el Departamento de Justicia de EE.UU. como ‘epidémica’. En este caso se propuso como mecanismo para prevenir la colusión entre licitadores la adición de contratos de diferentes colegios. De esta manera el número de licitaciones se reducía y el tamaño de los lotes se incrementaba, reduciendo la previsibilidad de los procedimientos y dificultando el reparto de los mercados”. Más recientemente en España, *cfr.* “Un grupo de empresas se repartió 33 años el mercado de los sobres electorales”, *El País*, Economía, edición de 01 de abril de 2013, (http://economia.elpais.com/economia/2013/04/01/actualidad/1364811046_216765.html).

¹³³ Res. TDC de 12 de diciembre, 1995, Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*, donde la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León fue sancionada por el Tribunal de Defensa de la Competencia por adoptar en 1992 una decisión en la que sus asociados acordaban concurrir con los mismos precios y condiciones al concurso convocado por el INSALUD de Burgos para la compra de corsés ortopédicos. Asimismo, la Asociación pactó los precios con otros cinco empresarios no asociados que acudieron al concurso.

la adquisición de vacunas antigripales.¹³⁴ La Consejería de Salud de la Junta de Andalucía denunció el hecho ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1995 dado que en dicho año, además de la presentación de siete ofertas idénticas en una convocatoria a sobre cerrado, se produjo una considerable elevación del precio con respecto a concursos anteriores y por encima del presupuesto máximo de licitación, y se les aplicaron multas a los laboratorios.

40. A nivel europeo, la Comisión Europea sancionó en 2007 a once grupos de empresas por participar en un cartel de equipos para controlar y convertir el voltaje de flujos eléctricos¹³⁵ (*Gas insulated switchgear*); y en el año 2005 a dieciséis empresas del sector de sacos industriales de plástico para embalar por conductas colusorias. Más recientemente, la Dirección de Investigación de la extinta CNC acordó la apertura de un expediente sancionador contra 53 empresas del sector de construcción por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios en concursos públicos para la rehabilitación y pavimentación de firmes y carreteras¹³⁶; y en el año 2010, sancionó a cuatro empresas de gestión de residuos sanitarios¹³⁷ por el reparto de concursos para la sanidad pública en varias Comunidades Autónomas desde al menos 1994 hasta 2007. Se consideró acreditado que estas empresas se repartían los clientes públicos mediante la coordinación de sus ofertas a través de la creación de Uniones Temporales de Empresas – UTEs,¹³⁸ presentando posturas encubiertas y recurriendo a la supresión de propuestas.

¹³⁴ Res. TDC, de 30 de septiembre 1998, Expte. 395/97, *Vacunas antigripales*.

¹³⁵ Dec. Com. 24 de enero de 2007, COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear* y COMISIÓN EUROPEA, IP/05/1508.

¹³⁶ Cfr. CNMC, *Comunicado sobre el expediente S/0226/10 Licitaciones Carreteras*.

¹³⁷ Res. CNC de 18 de enero 2010, Expte. S/0014/07, *Gestión de Residuos Sanitarios*, pendiente de revisión judicial.

¹³⁸ La utilización de UTE (Uniones Temporales de Empresas) o de AIE (Agrupaciones de Interés Económico) para participar en procedimientos de licitación puede tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES (pequeñas y medias empresas) que pongan en común recursos complementarios. No obstante, estas agrupaciones de empresas también pueden facilitar la colusión, y por ello deben recibir una especial atención. (La CNMC apunta posibles indicadores de existencia de un acuerdo anticompetitivo en la p. 43 de la *Guía sobre contratación y competencia...*). Son muy conocidos los casos de las empresas de ambulancias que participaban en concursos públicos de Cuenca y Ourense y que incluía cláusulas dirigidas a repartirse el mercado público y privado (Resolución TDC de 5 de junio 2006, Expte. 565/03, *Ambulancias de Orense*, pendiente de revisión judicial; y la Resolución del TDC de 20 de septiembre de 2006, Expte. 565/05, *Ambulancias Conquenses*).

41. En cuanto a la Agrupación de Interés Económico –AIE- que formaron *Viajes Halcón, Barceló, Iberia y Marsans*,¹³⁹ el TDC sancionó a las empresas implicadas en el proceso de licitación del programa de vacaciones del IMSERSO: como la junta de contratación no permitió la participación de la agrupación, las empresas optaron por presentarse individualmente pero acordando precios y ciertas condiciones de la oferta. Además, pactaron que la adjudicataria subcontrataría con la AIE y ésta repartiría la ejecución entre los 4 miembros, presentando ofertas idénticas.

En el Reino Unido la autoridad de competencia ha sancionado a más de cien empresas que pactaron en licitaciones públicas y privadas para la construcción¹⁴⁰ de hospitales, colegios o universidades en el período 2000-2006. De entre las técnicas utilizadas en la colusión, como vamos a ver a continuación, están la manipulación de licitaciones a través de posturas encubiertas y, en algunas de ellas, la realización de pagos compensatorios entre los oferentes a través de facturas falsas. Los carteles en la construcción civil en Inglaterra fueron investigados a partir de la denuncia de un auditor del sistema nacional de salud.

42. Las administraciones públicas deben garantizar la competencia en los contratos públicos a través del cumplimiento de la normativa de contratación pública, sea de ámbito general, con arreglo a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, o específico. Dentro de las posibilidades que ofrece dicha normativa, adoptando las alternativas más favorecedoras de la competencia, o que la restrinjan lo menos posible. A este respecto, se recomiendan determinadas prácticas en la contratación pública que, sin ser de obligado cumplimiento por los órganos de contratación, contribuyen a favorecer la competencia en los procesos de licitación. Para su implementación, hay que informarse sobre cuáles son los mecanismos y técnicas de que se valen los empresarios para eludir la competencia.

¹³⁹ Res. TCD 25 de noviembre 2000, Expte. 476/99, *Agencias de Viaje*.

¹⁴⁰ Cfr. OFT, CE/4327-04, *Construction industry in England*, abril, 2008 (http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/bid_rigging_construction).

Buscando mejorar la detección de las conductas de carteles en licitaciones la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*¹⁴¹ de la CNMC subraya que las autoridades de competencia cuentan con que los funcionarios públicos colaboren en la detección de los carteles en licitaciones.

Este deber de colaboración entraña, de entrada, un problema. Los órganos de contratación y la Junta Consultiva deben llevar al conocimiento de la CNMC los hechos de los que tengan conocimiento que pudieran constituir infracciones a la Ley de Protección de la Competencia. Con todo, no se puede garantizar con este mecanismo la detección de los carteles en licitaciones, ya que es a través de los meandros de la corrupción¹⁴² como un cartel puede lograr, fácilmente, la invisibilidad; bastaría con corromper a los funcionarios públicos que, por supuesto, pasarían a ser partícipes del cartel.¹⁴³ Y como vamos a ver, por el tiempo estimado de duración y operación de un cartel, se puede fácilmente concluir que su detección es prácticamente imposible –o al menos muy difícil– por la Administración pública.

43. La colusión en las licitaciones suele tener dos objetivos, la fijación del precio o presupuesto ofertado y el reparto del mercado, si bien las empresas pueden también optar por pactar otras condiciones específicas de los pliegos (los plazos de ejecución, las características técnicas, etc.). Según la guía de CNMC, los dos principales tipos de acuerdos son:

- a) Acuerdos de fijación de precios: con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva, los licitadores pueden, entre otras opciones, acordar los descuentos ofertados, fijar precios mínimos de participación, o aplicar una misma fórmula de cálculo de precio.
- b) Acuerdos de reparto de mercado: las empresas licitadoras pueden tratar de acordar el reparto de mercados geográficos o de clientes. Es habitual que este reparto de licitaciones se realice en base a las cuotas de mercado pre-existentes.

¹⁴¹ Cfr. CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, pp. 36 y 37; http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf

¹⁴² Cfr. JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, 2011, *passim*.

¹⁴³ Cfr. OCDE, *Bribery in Procurement. Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007, p. 55.

44. Existen diversas técnicas para llevar a cabo los acuerdos entre oferentes, sea cual sea el objetivo de la colusión. Frecuentemente el acuerdo conlleva la selección previa entre sus participantes de la oferta que debe resultar ganadora de un contrato adjudicado mediante licitación. El monto de dicha oferta, o de otras que los participantes puedan presentar en el futuro, debe permitir aumentar las ganancias de todos los participantes, por lo que los acuerdos suelen incluir además diversas técnicas de compensación por la empresa adjudicataria al resto de los participantes para la distribución de esas ganancias.

También según la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*,¹⁴⁴ de la CNMC, las técnicas de colusión más comunes para imponer la oferta ganadora previamente acordada, generalmente utilizadas de manera simultánea, son las siguientes:

- a) Posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras. Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, - “de resguardo”, complementarias, simbólicas...- pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tenida en cuenta, o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso. (Ejemplos: Ascensores, Construcción en Inglaterra, Gestión de Residuos Sanitarios);
- b) Supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas;
- c) Rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas. Al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias.

45. En el año 2007, la Comisión Europea sancionó a Otis, KONE, Schindler y Thyssen Krupp¹⁴⁵ por formar parte de distintos acuerdos colusorios, entre 1995 y 2004, que incluían la manipulación de procedimientos de licitación. En las licitaciones de Bélgica, Holanda, Alemania y Luxemburgo las empresas utilizaban un sistema de posturas encubiertas para repartirse el mercado: se

¹⁴⁴ Cfr. CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, pp. 37-39.

¹⁴⁵ Com., IP/07/209, pendiente de revisión judicial.

decidía el ganador atendiendo a las cuotas de mercado y se coordinaban las ofertas del resto, presentando propuestas demasiado caras para salir vencedoras. En Alemania y Holanda se garantizaba, además, la cartera de clientes preexistentes: la empresa que ya suministraba a una Administración resultaba ganadora en las sucesivas licitaciones convocadas. También en Alemania y Dinamarca, la Comisión Europea sancionó en 1998 a diez productores de tuberías para radiadores¹⁴⁶ por acuerdos colusorios para repartir licitaciones públicas a través de un sistema de rotación del ganador, en el que primero se designaba al ganador del proceso y a continuación el resto de competidores presentaban ofertas más elevadas.

46. En cuanto a las técnicas de compensación utilizadas para retribuir a todas las empresas participantes en el acuerdo colusorio, una vez llevado a cabo el procedimiento de licitación, la empresa adjudicataria puede recurrir a varias vías, todas ellas encubiertas, para evitar lo posible que sirvan de pista del acuerdo en cuestión. Estas vías incluyen:

- a) El uso de facturas fraudulentas por trabajos inexistentes, generalmente de consultoría;
- b) La subcontratación por la empresa adjudicataria de parte de las tareas asociadas al suministro de bienes y servicios objeto del concurso o subasta públicos, a favor de otras empresas que hayan colaborado con la presentación de posturas encubiertas o mediante cualquier otra técnica utilizada para asegurar el resultado de la licitación.

En Bélgica, el cartel del sector de mudanzas internacionales operó durante diecinueve años, antes de su detección.¹⁴⁷ En el año 2008 la Comisión Europea sancionó a las empresas belgas de este sector por manipulación en licitaciones públicas que utilizaban la técnica de rotación del ganador a través de posturas encubiertas. Las empresas se repartían las ganancias a través de compensaciones a las que denominaban *comisiones*, que entraban a formar parte del precio final y se distribuían entre las empresas perdedoras a través de facturas falsas. Lo cierto es que la subasta pública es la que constituye uno de los medios comunes de la Administración pública para la negociación de sus bienes, y la experiencia demuestra la excesiva facilidad con que los postores pueden obtener beneficios notables en perjuicio de la administración, del resto de los licitadores y de la propia ciudadanía.

¹⁴⁶ Com., IP/98/911.

¹⁴⁷ Com., IP/08/415, pendiente de revisión judicial.

C) Cómo se generan los carteles: El instinto cooperativo

47. En lo que se refiere a la creación y tiempo de duración de un cartel, ¿son los carteles un problema específico de ciertas industrias con factores especiales? ¿Son raros o efímeros? ¿Existen únicamente en mercados aislados? ¿Son un fenómeno de los países industrializados o también ocurren en los países emergentes? La experiencia e intercambio de informaciones a través de las agencias y organismos nacionales, comunitarios e internacionales, de protección de la competencia permite poner de relieve que los carteles se encuentran presentes en una gran variedad de mercados, grandes o pequeños, de productores o de consumidores, de bienes y servicios, de productos simples a productos elaborados, de mercados de vendedores y de compradores, y se constata su actividad en varios países, de ahí que haya carteles internacionales.¹⁴⁸

Tan solo por poner ejemplos, sin entrar en detalles, se detectaron colusiones entre productores de pasta en Italia; pollos, en Perú; de libros digitales (*ebooks*), en EE.UU.; de plátanos, tabaco y autopartes, en la U.E.; de azúcar, en Polonia y España; de empresas de asfalto, en España; de farmacias, en Chile; de venta de gasolina al por menor, en Canadá y España; de construcción de carreteras y transporte marítimo internacional, en EE.UU.; de empresas de construcción, en Alemania; de transporte en autobús, en Reino Unido; de sistemas informáticos para empresas, en Hungría; de control de plagas, en Singapur; de componentes para neveras y piedras para construcción, en Brasil; de bancos, en Austria; de ácido acético, en Noruega; de cajas de cartón, en Australia; de fertilizantes, en Sudáfrica; de árboles de Navidad, en Dinamarca; de las industrias lácteas, en España y los famosos carteles internacionales como, por ejemplo, los de las vitaminas y de los transportes aéreos de cargas; lo que permite apuntar, desde un primer acercamiento al tema, que hay una amplia gama de colusiones en diferentes sectores productivos y mercados, a nivel local, regional e internacional.

48. Hay factores que facilitan la colusión, tales como: a) la industria se concentra en unos pocos productores que pueden coordinar fácilmente sus

¹⁴⁸ Cfr. HAY, “Horizontal agreements: Concept and proof”, *Antitrust Bull.*, vol. 51, núm. 4, Invierno 2006, pp. 877-914.

actividades; b) la demanda de un producto o productos no es elástica a los precios (es decir, los compradores no pueden reducir las compras si aumentan los precios) y c) las barreras de entrada (como los costes de capital, patentes, etc.) hacen difícil que los competidores entren en el mercado y trastoquen los acuerdos ilegales.

Entre esos factores facilitadores de la colusión se puede incluir a los *intercambios de información*, que suelen ser parte de un acuerdo más amplio de cartel. Como señala *Berenguer Fuster*, “sería oportuno mandar el mensaje de la conveniencia de reducir al máximo, si no fuera posible suprimir, cualquier intercambio de información entre competidores que afecte a decisiones estratégicas en el más amplio sentido de la palabra”.¹⁴⁹ El apartado 56 de las “Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal” dispone que: “El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos. Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información, cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho”.

49. Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre los costes). La evaluación de este último tipo de intercambio de información debería llevarse a cabo en el contexto de una evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal”.¹⁵⁰

Así que hay que verificar cuál es la función económica principal de las empresas; si el intercambio de información del acuerdo se verifica en un contexto más amplio, por ejemplo, de un acuerdo de cooperación horizontal; si el tipo de información que se intercambia es, por ejemplo, una información sensible, en particular, sobre precios o cantidad; y si adolece, por los efectos,

¹⁴⁹ Cfr. BERENGUER FUSTER, “A vueltas con los intercambios de información”, p. 15, donde señala también que “los aspectos negativos derivados del hecho de que los competidores puedan poseer la misma información entre ellos intercambiada puede facilitar, o ser un elemento necesario, para la colusión, o cuanto menos para la coordinación de las conductas y las estrategias y, en ese supuesto, difícilmente podrán encontrarse elementos positivos que compensen los elementos negativos sobre la competencia, por lo que cualquier intercambio de información merece la atención de las autoridades de competencia”.

¹⁵⁰ CC 2011/C 11/01, publicada en el DOUE C11/13, de 14 de enero de 2011.

reales o potenciales que se desprenden del intercambio de informaciones, de unos resultados anticompetitivos.

Por lo tanto, tal vez sea más correcto señalar que el intercambio de información puede constituir una *práctica facilitadora*, principalmente en el supuesto de la transmisión unilateral de información; sin embargo, si se trata de intercambio recíproco de informaciones, la práctica facilitadora se convierte en *colusión*, pues no deja de ser un fuerte indicio de la existencia de un verdadero concierto de voluntades; es decir, un acuerdo, que en general indica la existencia de una práctica prohibida de cartel.¹⁵¹

D) Los daños ocasionados por los acuerdos horizontales anticompetitivos

50. Estudios empíricos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) estiman el impacto de los carteles sobre la economía en miles de millones de euros al año. La OCDE ha estimado que los daños causados por los carteles de núcleo duro oscilan, la mayoría de las veces, entre el 5% y el 20%, alcanzando en ocasiones hasta el 50%.¹⁵² A largo plazo, los carteles de núcleo duro pueden provocar una pérdida importante de productividad en una industria que se refleja directamente en la economía de un país. Los carteles de núcleo duro protegen a sus participantes de la competencia y les permiten imponer precios injustificadamente elevados a sus clientes, así como reducir sus esfuerzos para mejorar el servicio a los clientes, los productos y los procesos productivos. Además producen serios efectos en cascada como advierte *Conrath*:¹⁵³

¹⁵¹ Res. CNC de 29 de junio de 2001, Expte. S/0224/10, *Colomer*, que tiene su origen en la Res. CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricante de gel*, donde se consideró que intercambiar información puede constituir un cartel, y se sancionó a Colomer por haber participado en un cartel, por haber recibido datos de sus competidores, lo que le permitió adaptar su conducta en el mercado llevando en consideración dichas informaciones (y de haber participado en el cartel, aun cuando fuera por un reducido período de tiempo). Teniendo en cuenta que la empresa no cambió el tamaño de los envases de gel, como hicieron los demás miembros del cartel, se podría hablar de tentativa o de arrepentimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Código penal.

¹⁵² Cfr. OCDE, *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, DAF/Comp(2002)7, 04 de abril de 2002, pp. 7 y 9.

¹⁵³ Cfr. CONRATH, “Política de Competencia y la competitividad: El caso de competencia”, presentado en la *Conferencia Regional de Competitividad de Latinoamérica y el Caribe*, Ciudad del México, 27 de julio de 2010. En el estudio, el autor señala que el número medio de participantes en los carteles descubiertos y fiscalizados era de 8 a 10 empresas, y la duración media es de 5 a 8 años.

- Precios más altos → reducción del consumo
- Reducción del consumo → reducción de la producción
- Reducción de la producción → reducción del empleo y de la inversión

51. Los precios mínimos que se acuerdan por los carteles son más altos que los que resultarían de un mercado competitivo, obligando a los consumidores a pagar precios excesivos. El reparto de mercados y de clientes, el amaño de licitaciones, tienen el mismo efecto: en vez de encontrarse con un abanico de ofertas competitivas, el consumidor se encontrará con una sola (ya que los otros competidores, o no harán una oferta, o la harán con precios más altos, p. ej.), pagando, con toda probabilidad, un precio excesivo.

Al limitar la producción, la innovación o los niveles de servicio, se limitarán las posibilidades de elección del consumidor en beneficio de los participantes en el cartel. Además, el daño se traduce en perjuicios significativos para la economía en su conjunto, ya que los carteles obligan a los consumidores a pagar precios excesivos y, por ello, reducen la demanda y el bienestar de forma artificial, disminuyendo, por consiguiente, la producción, el empleo y la inversión, como hemos visto más arriba.

De la misma manera, eliminan los incentivos para mejorar la calidad de productos o servicios o para reducir los costes de sus procesos productivos. Igualmente, inhiben el desarrollo de productos o servicios para los cuales el producto o servicio de las empresas en colusión es un *input* necesario.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Cfr. OCDE, *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*, DAF/Comp(2002)7, 04 de abril de 2002, p. 2: “Para cuantificar dichos efectos, sería necesario comparar la situación real de un mercado controlado por un cartel con la que existiría en un mercado hipotéticamente competitivo y, por lo general, las autoridades en materia de competencia no suelen realizar esa comparación tanto porque es difícil como porque sus legislaciones no suelen exigirlo. No obstante, cuanto resulta necesario proceder a una evaluación del perjuicio causado, la mayoría de los responsables en la materia recurren a una variable de sustitución: el beneficio ilegal que genera la actividad del cartel para sus miembros. En su forma más sencilla, esta evaluación se expresa como el producto del margen de beneficio (‘mark-up’) del cartel por encima del precio de competencia y de las transacciones comerciales controladas (en unidades) por el acuerdo del cartel. Con todo, inclusive esta estimación puede resultar complicada, habida cuenta de que se exige valorar el importe de ‘las transacciones comerciales controladas por el cartel y ‘el precio de competencia’ hipotético de no haber existido el acuerdo. Para intentar recabar mayor información sobre los perjuicios causados por los carteles, el Comité de Legislación y Política de Competencia de la OCDE ha llevado a cabo una encuesta sobre los casos de cartel tratados por sus miembros de 1996 a 2000. Los países que han participado en la encuesta han señalado un total de 199 casos, pero en muchos de ellos ha sido imposible evaluar el perjuicio.

52. Desde el prisma de la política de defensa de la competencia, la incidencia de los carteles sobre el bienestar es el principal efecto que se debe valorar. Debe tenerse en cuenta que los efectos perniciosos de los *carteles*, al igual que los del *monopolio*, son por regla general: a) los relativos a la pérdida de bienestar de los consumidores (*ineficiencia asignativa*); b) ineficiencias técnicas (*ineficiencia productiva*) derivadas de los menores incentivos que tienen las empresas con poder de mercado para buscar la eficiencia; c) además de estas dos *ineficiencias*, se podrán añadir los efectos dinámicos que el poder de mercado tiene sobre ellas (*ineficiencia dinámica*). Estos efectos se refieren a la introducción de nuevos productos o procesos productivos en una perspectiva de medio y largo plazo. Los carteles reasignan el dinero de las víctimas (por lo general los consumidores, ya sea directa o indirectamente) a sus miembros, privando a los consumidores de los beneficios de la concurrencia de precios que de otro modo habrían podido disfrutar en un mercado libre.

53. Aunque la transferencia de beneficios directos de los consumidores a los productores puede considerarse por algunos como económicamente neutral, porque la riqueza se mantiene dentro de la economía, la mejor interpretación es que los consumidores deben tener derecho a las competencias generadas por excedente del consumidor,¹⁵⁵ “esto es porque el ‘escenario competitivo’ es normal en una economía de libre mercado y las consecuencias distributivas derivadas de la distorsión de las condiciones naturales del mercado, o fallo de mercado, causado por la conducta de cartel constituye una injusta ‘incautación de bienes de consumo’. Condiciones libres y naturales de mercado suelen permitir que los consumidores tengan derecho a los beneficios generados a través de la libre competencia”.¹⁵⁶

En muchos aspectos, se hace evidente que el modo de funcionamiento de los carteles económicos no ha cambiado con el paso de los años. Sin embargo, sus

¹⁵⁵ Excedente del consumidor: la diferencia entre la cantidad máxima de dinero que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio y la que realmente paga. Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 89: “En suma, los miembros del cartel se apropian de una parte del dinero de los consumidores, que es la que viene determinada por la parte del precio que se incrementa con la formación del cartel (o excedente del consumidor, que es la diferencia entre la cantidad máxima de dinero que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio y la que realmente paga) lo cual, como indica la doctrina anglosajona, se equipara a un delito contra el patrimonio, en este caso de los compradores”.

¹⁵⁶ Cfr. CLARKE, “The increasing criminalization of economic law – a competition law perspective”, *JFC*, n. 1, vol. 19, 2012, pp. 76-98.

actividades se han alterado considerablemente durante la segunda mitad del siglo XX, fruto del fenómeno de la globalización económica. A la luz de la agenda mundial para la liberalización del comercio y de los beneficios percibidos de esa ideología económica, contemporáneamente hay un consenso respecto de la gravedad y lesividad de los carteles de núcleo duro, pues lo típico en su estrategia es frustrar los beneficios de esta liberalización del mercado a través de la colusión. De esta manera, su control legal se ha convertido en la cuestión más acuciante en la actualidad, mucho más que en el estadio pre-Comunitario europeo o en los días de la pre-globalización.

54. La experiencia con los carteles internacionales nos aporta una estimativa de los daños a los consumidores en términos económicos: por ejemplo, el cartel de lisina ha aumentado los precios en 70%, en un período de 6 meses; el cartel de electrodos de grafito aumentó los precios en más de 60%; el cartel de las vitaminas fue condenado a reparar los daños a los consumidores por valor de US\$2.400.000.000; y se estima que el cartel de los vidrios para coches en la Unión Europea ha operado durante 5 años, con un perjuicio a los consumidores de cerca de €2.000.000.000 al año.

En un estudio con las informaciones de la literatura especializada sobre 102-104 supuestos de carteles, se estimó que la mediana de sobreprecio¹⁵⁷ es de 34,6% por encima del precio normal:

FIG. 3 – RESUMEN DE SEIS ESTUDIOS ECONÓMICOS SOBRE LA MEDIA DE SOBREPREGIOS RESULTANTE DE COLUSIONES EMPRESARIALES

Referencia	Número de Carteles	Media de sobreprecio (%)	Mediana de sobreprecio (%)
1. Cohen and Scheffman (1989)	5-7	7.7-10.8	7.8-14.0
2. Werden (2003)	13	21	18
3. Posner (2001)	12	49	38

¹⁵⁷ El sobreprecio en la fijación de precios es la transferencia de ingresos o riqueza de los compradores a los miembros del cartel, que ocurre como resultado de un acuerdo colusorio. La tasa de sobrecargo es calculada a través de la comparación de los cambios actuales en los precios potencializados por carteles a algún nicho competitivo. Cuando un cartel logra altos índices de efectividad (i.e., longevidad, estabilidad, y altas tasas de sobrecargo), genera grandes pérdidas de riqueza para los consumidores.

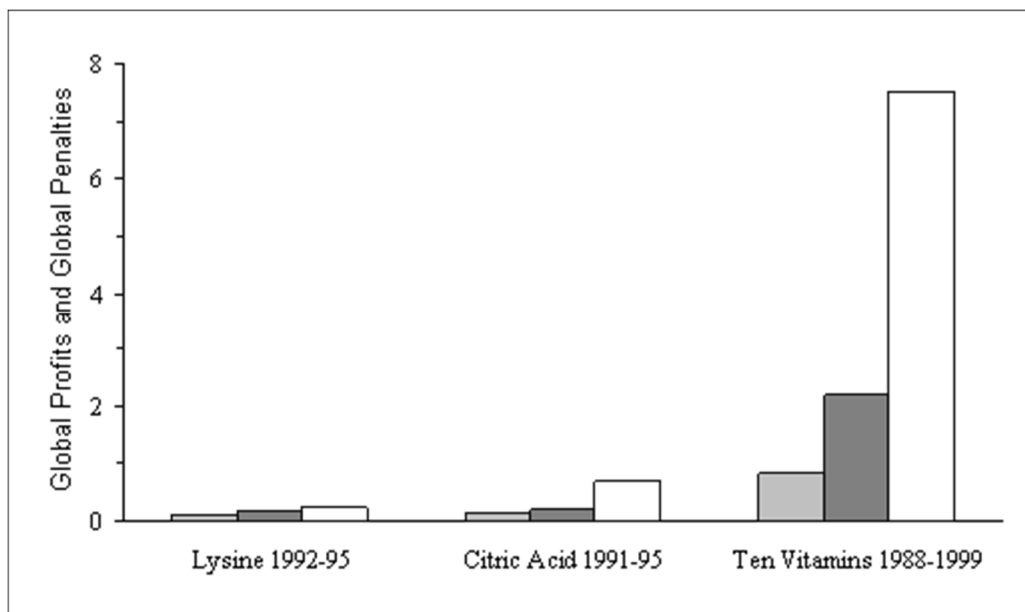
4. Levenstein and Suslow (2002)	22	43	44.5
5. Griffin (1989), carteles privados	38	46	44
6. OECD (2003), excluyendo el pico*	12	15.75	12.75
Total, promedio simple	102-104	30.7	28.1
Total, promedio ponderado	102-104	36.7	34.6

Fuente: CONNOR, *Price Fixing Overcharges: Revised 2nd Edition (April 27, 2010)*, “Summary of Six Economic Surveys of Cartel Overcharges Reference Number of Average Overcharge” (<http://ssrn.com/abstract=1610262> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1610262>) * One overcharge in the OECD survey with missing affected sales (U.S. lysine) was converted to percentages using highly reliable, publicly available affected sales data. One overcharge reported to be “more than 13% was recorded as 14%. If a range, the midpoint is used for averaging. Three percentages cited to be “as high as” were omitted because they are not likely to be representative of the overcharge rate for the whole episode. The OECD report states that the median is “between 15 and 20%.”

55. Los daños ocasionados por carteles, en general, están relacionados con tres factores económicos: el tamaño del mercado afectado por la colusión, la duración estimada en el tiempo de la colusión,¹⁵⁸ y el porcentaje del sobrecargo (sobreprecio) fruto de la colusión. Las sanciones a aplicar deben ser pensadas en términos compensatorios (por los daños ocasionados) y punitivos (para prevenir otras conductas colusorias). En la siguiente tabla se puede ver las sanciones aplicadas y los lucros ilegales obtenidos por los carteles.

FIG. 4 – SANCIONES APLICADAS Y LUCRO ILEGAL OBTENIDO EN TRES SUPUESTOS DE CARTELES INTERNACIONALES

¹⁵⁸ Cfr. TRIGO, “Defensa de la competencia: ¿Por qué y cómo?”, en CASES (Dir.), *Anuario de la competencia 2010*, Bellaterra-Cerdanyola del Vallès, 2011, p. 71, donde señala que: “los acuerdos interempresariales suelen tener vida efímera por muchos motivos, entre los que está la vocación que tienen todos de sobresalir frente a los demás, para aumentar sus ganancias y el conocimiento de los consumidores y/o de los distribuidores y consumidores”. Sin embargo, cabe considerar que en el ámbito de la realidad hay comportamientos a corto plazo y a largo plazo, y una dinámica cambiante, pues dependen de las condiciones que se ofrecen a los miembros.



- Illegal profits
- Non-U.S. penalties
- U.S. penalties

Por fin, añadimos alguna información sobre los carteles en licitaciones públicas en los EE.UU., que han causado un sobreprecio estimado del orden de un 17% a 32%.

FIG.5 – SOBREPRECIO ESTIMADO EN MERCADOS AFECTADOS POR CARTELES ECONÓMICOS EN ESTADOS UNIDOS

MERCADO AFECTADO	SOBREPRECIO ESTIMADO
Pescado congelado	23% a 30%
Construcción de autopistas	18%
Leche para escuelas	6.5 % en un Estado y 14% en otros dos Estados
Coches de policía	17% a 28%
Subastas de bienes de raíces	32%

Fuente: WERDEN, "Let the punishment fit the crime", *ECJ*, vol. 5, núm. 19, 2009.

III.3 CARTELES DE NÚCLEO DURO Y NORMATIVA ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

56. Para verificar si una transacción entre empresas está comprendida dentro del ámbito de las conductas colusorias prohibidas por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, es necesario verificar si existe un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas;¹⁵⁹ así como si por causa de este acuerdo se puede impedir, restringir o distorsionar la competencia, con una afectación relevante de la misma.¹⁶⁰

A) El art. 101, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los conceptos de acuerdo, decisión y práctica concertada

57. En la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y las decisiones de la Comisión Europea (CE), los conceptos de *acuerdo*, *decisión* y *práctica concertada* se superponen a los efectos de aplicación del artículo 101, TFUE, con lo que si se demuestra que las partes han cooperado para infringir el Tratado, no será determinante el medio preciso que hayan adoptado. Además, el sentido de la palabra *acuerdo* no se

¹⁵⁹ En Derecho español, de acuerdo con la Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en su número 2: “A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cartel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

¹⁶⁰ Cfr. FONT GALÁN, *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, 1987; GALÁN CORONA, “Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”, en BENEYTO PÉREZ (Dir.)/MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (Coord.), *Tratado de Derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. I, Madrid, 2005, pp. 174 y ss.; DÍEZ ESTELLA/GUERRA FERNÁNDEZ, “Capítulo I. De las conductas prohibidas”, en MASSAGUER FUENTES (Dir.) [et al.], *Comentario a la Ley*, pp. 27 y ss.; VELASCO SAN PEDRO (Dir.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, 2006; FERNÁNDEZ LÓPEZ/PEDRAZ CALVO, *Diez años de jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de derecho de la competencia*, Madrid, 2009; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho mercantil: Derecho mercantil, Derecho de la competencia y propiedad industrial*, Cizur Menor, 2009; y BACHES OPI (Coord.), *La Ley 15/2007, de defensa de la competencia: balance de su aplicación/II Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Las Rozas/Madrid, 2010. Cfr. también GUZMÁN ZAPATER, “Aplicación de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, durante el periodo 2008-2010”, CASES (Dir.), *Anuario de la Competencia 2010*, Bellaterra-Cerdanyola del Vallès, 2011, pp. 45 y ss, sobre el Derecho de la competencia en las comunidades autonómicas.

limita a contratos vinculantes en Derecho, sino que, tal como ha señalado la Comisión, es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra; por lo tanto, un compromiso vinculante solo moralmente también se considera un acuerdo en el sentido del artículo 101 TFUE; pues el acuerdo puede ser escrito u oral, y puede ser inferido de todo tipo de circunstancias.¹⁶¹

El concepto de *acuerdo* – cualquiera que sea la forma que éste revista - tiene un marcado carácter *objetivo*; es decir, independiente de la intención o motivación con las que se adopta.¹⁶² Se entienden por acuerdos “los pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia; a estos efectos, habrá colusión siempre que exista un intercambio de voluntades entre varias personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes”.¹⁶³

Por lo tanto, los acuerdos no precisan ser formales o escritos, pues, generalmente, los carteles son acuerdos secretos, conspiraciones entre empresas, que tienen lugar en un mismo plan o nivel de competencia y que se dirigen a la venta de productos o servicios, con objetivos de fijación de precios, restricciones en la producción, demarcación o reparto de mercados y fraudes en licitaciones; lo que es relevante es el abandono del comportamiento

¹⁶¹ Cfr. BERENGUER FUSTER, “A vueltas con los intercambios de información”, pp. 27-28: “No es posible dejar reducido el acuerdo de precios a un acuerdo formal en el que consten en acto los precios que cada uno ha de establecer en el futuro y los mecanismos de represalias que se establezcan para quienes incumplan los acuerdos, ya que un cartel es cualquier cosa menos un acuerdo formal, pero un acuerdo por el que unos competidores, en el seno de una asociación empresarial, se intercambian semestralmente los precios, acuerdo que goza de una estabilidad de casi un veintena de años, difícilmente puede tener otra explicación que la de fijar los precios”, refiriéndose al Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*, RCNC de 2 de marzo de 2011. Cfr. también AMADEO PETITBÒ, “La defensa de la competencia en la época de Internet”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, núm. 10, de junio de 2000, pp. 6-7: “Las conductas de determinado Colegios de Arquitectos negándose a visar proyectos cuyo importe sea inferior al considerado mínimo por el Colegio; las limitaciones impuestas a la publicidad de los abogados por parte del Consejo General de Abogacía; o el acuerdo tomado por la Agrupación Empresarial de Alquiladores de Grúas de Servicio Público del País Vasco, publicado en la prensa local, fijando las tarifas mínimas para la prestación de sus servicios, constituyen ejemplos inequívocos de la mencionada inercia que se traduce en evidentes restricciones a la competencia”.

¹⁶² Cfr. MASSAGUER FUENTES (Dir.) [*et al.*], *Comentario a la Ley*, p. 35. Véase la Res. TDC de 18 julio 2000, *Arquitectos Madrid 3*, 467/99, fundamento 3º: “mediante el empleo de las palabras produzcan o puedan producir, la Ley hace referencia a nexos de carácter objetivo que puedan establecerse, con independencia de la voluntad de los sujetos, entre la acción y sus consecuencias”.

¹⁶³ Cfr. ALONSO SOTO, “La defensa de la libre competencia”, en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 2006, p. 302.

independiente, y la existencia de un objetivo común y una fórmula propia de cooperación de al menos dos empresas independientes; esto es, con capacidad real de determinar su comportamiento en el mercado.¹⁶⁴ Uno de los pronunciamientos pioneros del Derecho Comunitario tuvo lugar en el cartel de las industrias de azúcar, en el cual se constató la existencia de una serie de acuerdos para controlar el comercio entre Estados miembros con el fin de asegurar las respectivas cuotas de mercado y dando lugar, por consiguiente, a una significativa restricción de la competencia.¹⁶⁵

B) Las decisiones de las asociaciones como acuerdos entre sus miembros y la cooperación informal como práctica concertada

58. Por otro lado, el concepto de *decisión* incluye las reglas de la asociación de que se trate, decisiones que vinculan a sus miembros y sus recomendaciones. Los acuerdos llevados a cabo en el marco de una asociación pueden ser analizados ya como decisiones de tal asociación o como *acuerdos* entre sus miembros. La inclusión de las *prácticas concertadas* en el artículo 101 del TFUE tiene por objeto regular la cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal.¹⁶⁶ La revelación unilateral de información estratégica por parte de una empresa a uno o diversos

¹⁶⁴ Los acuerdos celebrados en perjuicio de terceros no están protegidos por la libertad contractual, a tenor del artículo 1255 del Cc.

¹⁶⁵ Dec. Com. 73/109/CEE, 2 enero de 1973 (Asunto IV/26.918-*European Sugar Industry*, DOCE L 140/17, 26 mayo de 1973).

¹⁶⁶ Cfr. TORRELES TORRELES, “El intercambio de información entre competidores”, p. 232: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el concepto de práctica concertada no requiere de la existencia de contactos recíprocos, considerando que dicha práctica existe cuando una empresa revela sus futuras intenciones en el mercado a un competidor cuando este lo solicita o, como mínimo lo acepta. No obstante, las Directrices van más allá y establecen la presunción de que una empresa acepta y utiliza la información revelada por un competidor a menos que este responda con una declaración clara rechazando dicha información. La presunción creada por las Directrices cambia la carga de la prueba a las partes implicadas, que deberán demostrar que no tomaron en cuenta la información recibida para determinar su comportamiento en el mercado. Esta carga de la prueba en ocasiones puede resultar difícil de conseguir. Así, por ejemplo, en caso de que futuras estrategias de mercado sean reveladas por una empresa oralmente en una reunión o mediante otro canal informal, previsiblemente va a ser difícil hacer constar que un competidor hizo una ‘declaración clara’ manifestando que no deseaba recibir tales datos. Adicionalmente, también existe el riesgo de que algunas empresas puedan llegar a considerar que la información recibida por parte de alguno de sus competidores no reviste de carácter anticompetitivo y, en consecuencia, no considere necesario efectuar ninguna declaración al respecto. En este supuesto las autoridades de defensa de la competencia podrían interpretar dicha pasividad como una aceptación de la información por parte de la empresa receptora, que, por lo tanto, podría llegar a ser sancionada”.

competidores que la aceptan también puede constituir una práctica concertada, según las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.¹⁶⁷

C) Acuerdos entre empresas de un mismo grupo

59. Dentro de la categoría jurídica general de los acuerdos son especialmente importantes los que se concluyen entre una empresa matriz y su filial. Varias sentencias del TJUE han establecido que un acuerdo entre matriz y filial está fuera del artículo 101.1. Así, en la Sentencia *Béguelin Import v. GL Import Export*¹⁶⁸, se señaló que dicho precepto no se aplicaba a un acuerdo entre matriz y filial que “aunque tenga una personalidad jurídica distinta, no tiene independencia económica”, ampliando si cabe aún más este concepto en *Centrafarm v. Sterling Drug*¹⁶⁹, donde sostuvo que este artículo (art. 101.1, ex art. 81.1) no se aplica a acuerdos “entre empresas pertenecientes al mismo grupo y que estén en relación de matriz y filial si las empresas forman una unidad económica en la que la filial no tiene libertad real para determinar su modo de actuar en el mercado, y si los acuerdos o prácticas en cuestión se refieren simplemente a la asignación interna de funciones entre las empresas”.¹⁷⁰

D) El objetivo de impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia

60. Las prácticas colusorias han de tener por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia. “Desde el momento en que se produce una modificación a la baja del *status* competitivo del mercado, la práctica generadora de la restricción entrará en la categoría de las prohibidas”¹⁷¹. Es

¹⁶⁷ CC 2011/C 11/01, publicada en el DOUE C11/13, de 14 de enero de 2011, art. 62 y STPI de 15 de marzo de 2000, asuntos acumulados T-25/95 y otros, *Cimenteries*.

¹⁶⁸ STJCE, de 25 noviembre de 1971, Asunto 22/71, ECR, 1971, p. 949.

¹⁶⁹ STJCE, de 31 de octubre de 1974, Asunto 15/74, ECR, 1974, p. 1147.

¹⁷⁰ Sin embargo, la CNMC impuso multas de nueve millones a 46 concesionarios de vehículos por operar tres carteles de venta de coches de las marcas Toyota, Hyundai y Opel, por pactar precios y estrategia comercial de las denominadas “Zona de Madrid” y “Zona de Galicia”. Véase la Res. CNC S/0489/13.

¹⁷¹ Cfr. ILLESCAS ORTIZ, “Derecho de la competencia: la libre competencia”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil I*, v. 1, 14ª ed., Madrid, 2010, p. 268.

irrelevante a efectos de la prohibición, por consiguiente, que los acuerdos de los que derivan las prácticas colusorias se destinen directa y explícitamente por las partes que los establecen a restringir la competencia o que, simplemente, la restricción competitiva resultante sea una mera consecuencia inducida o un efecto reflejo de los objetivos anti-competitivos perseguidos por el acuerdo, convenio o pacto.

Basta que la conducta pueda producir el efecto restrictivo de la competencia – sería suficiente, por lo tanto, la mera adopción del acuerdo- para que resulte prohibido. La ausencia de intencionalidad será tomada en cuenta a los efectos de graduación de la sanción administrativa, pero no es una eximente del ilícito anticompetitivo.¹⁷² Por otro lado, también es irrelevante que la restricción derivada de la práctica colusoria sea absoluta o relativa; según la misma terminología, basta con que restrinja o falsee, sin que impida la competencia. La dimensión geográfica puede tener interés a la hora de establecer si el mercado afectado por la restricción es el nacional o supranacional, pero también puede ser el provincial, municipal o local.

E) Las infracciones de poca monta y el principio *de minimis*

61. Las infracciones bagatelarias o de poca monta; es decir, las conductas que no afectan de forma apreciable la competencia pueden caer bajo el principio que contempla la regla *de minimis non curat praetor*¹⁷³; así, cuando la conducta no es capaz de afectar de manera significativa a la libre competencia, se considera excluida de la sanción administrativa, resultando su persecución únicamente posible, en su caso, por vía de la protección contra la competencia desleal o mediante una reclamación civil de los perjuicios sufridos por los perjudicados.

En las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio de 2004, la Comisión Europea subrayó que, conforme a la generosa jurisprudencia comunitaria, el art. 101 TFUE solo es aplicable a los acuerdos colusorios que pueden afectar de manera significativa al comercio intracomunitario. Este

¹⁷² Res. TDC de 27 julio 2006, *Cines Campoo*, 594/05, fundamento 4º: “la falta de intencionalidad podrá ser considerada como un atenuante en el momento de aplicar el artículo 10 de la LDC para el cálculo de la sanción que en su caso se determine, pero en ningún caso puede, esa falta de intención, ser considerada como prueba de inexistencia de infracción”. Véase, también, la Res. CNC de 10 noviembre 2009, *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*, S/0094/08.

¹⁷³ El art. 5 de la LDC prevé el principio *de minimis*.

último requisito se interpreta en el sentido de que el término *comercio* entre los Estados miembros comprende cualquier actividad económica transfronteriza, existiendo efecto sobre el comercio intracomunitario cuando el acuerdo puede tener un impacto apreciable en una actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos Estados miembros.

La expresión *pueda afectar* se debe interpretar en el sentido de que con un grado suficiente de probabilidad, valorado globalmente con arreglo a un grupo de factores objetivos de derecho y de hecho, el acuerdo puede tener una influencia, directa o indirecta, real o potencial, sobre el comercio intracomunitario. En lo que atañe al concepto de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros se debe subrayar que existe cierta discusión en la doctrina sobre su función, en el sentido de si es un elemento constitutivo de la prohibición de acuerdos colusorios del art. 101 TFUE o, más bien, como sustentan la mayoría de doctrina y jurisprudencia comunitaria, es una simple regla de atribución de competencia que delimita el ámbito de aplicación del Derecho comunitario respecto de la legislación de competencia de los Estados miembros.

F) Nulidad y exenciones de los acuerdos colusorios

62. Tras la enunciación de las conductas prohibidas, el TFUE y la LDC declaran, respectivamente, en los artículos 101.2 y 1.2, los efectos de la infracción de dichas conductas: “Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”. El efecto de nulidad en el sentido civil de que no producirán efectos, no se aplica en los supuestos de *exención* estatuidos en el art. 101.3 TFUE y art. 4º LDC; es decir, quedarán exentos de la prohibición –y, por consiguiente, son válidos- aquellos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y, además, cumplan con las siguientes condiciones: a) permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y c) no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Las exenciones son de carácter automático para todos aquellos acuerdos o conductas que aun siendo restrictivos cumplan las condiciones mencionadas en

dichos preceptos. Habrá de ser entonces las propias empresas involucradas las que deben examinar y evaluar si el acuerdo cumple con dichos requisitos. También hay disposiciones de *exención por categorías*, relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 101 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. Dichos reglamentos se aplican en los Estados miembros aun cuando las conductas a enjuiciar no afecten al comercio intracomunitario (art. 1.4 LDC).

De ello cabe colegir que, actualmente, todos los acuerdos, grupos de acuerdos y recomendaciones que se ajusten a lo establecido en los reglamentos comunitarios -aun cuando produjesen sus efectos únicamente dentro del mercado nacional-, se considerarán autorizados y válidos. Por ende, conviene subrayar que en el ámbito comunitario no están prohibidos los siguientes acuerdos colusorios: a) de menor importancia;¹⁷⁴ b) aquellos específicamente amparados por un Reglamento de exención por categorías; c) los que cumplan las condiciones del art. 101.3 TFUE.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Según la Comunicación *de minimis*: “cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10% en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo”, no hay una restricción relevante de la competencia, sin embargo, aún puede considerarse que un acuerdo restringe la competencia por su objeto, mismo sin atingir a los estándares fijados (*Comunicación de la Comisión* relativa a “Acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*)”, DOCE de 22 de diciembre de 2001, C368/13, puntos 7 y 11). Cfr. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley*, p. 284: “El origen de la regla *de minimis* puede fijarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de julio de 1969, *Vnlk c. Vervaeke* [As. 5/69, Rec. 1969, pág. 295], que excluye de la prohibición de conductas colusorias un acuerdo en el que los productos afectados por el contrato representaban una cuota del mercado alemán menor del 0,5%”. La LDC también excluye de las conductas prohibidas las conductas de menor importancia (art. 5, LDC y el Capítulo I, Título I, del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, que fija los criterios de calificación de las conductas como bagatelares).

¹⁷⁵ En España, mediante Real Decreto, el Gobierno tiene la potestad de declarar exentas determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la CNMC (art. 1.5 LDC).

IV. CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE

Primera – a) la competencia económica es uno de los principios básicos de las sociedades que adoptan el sistema de economía de mercado; es uno de los pilares, junto con la autonomía de la voluntad y la propiedad privada, que sostienen el sistema de mercado libre; b) en la actualidad, los mercados operan sobre un sistema de competencia viable, efectiva o funcional (*workable competition*), que es la competencia real posible en un mercado concreto habida cuenta del contexto económico y jurídico e integrado por elementos competitivos y monopolísticos; c) la competencia perfecta no existe –es un recurso explicativo-, pues en los mercados reales lo que predomina es la competencia imperfecta.

Segunda – a) los monopolios y los carteles económicos son supuestos de competencia imperfecta incompatibles entre sí. En el primero se trata de la concentración del mercado en manos de un vendedor o un comprador, mientras que, en el segundo, dos o más empresas se ponen de acuerdo para eliminar o disminuir la competencia entre ellas; b) detrás de una situación monopolística están causas como: economías de escala, recursos escasos y esenciales, la ley (derechos de patente y derechos de monopolio a empresas públicas), etc.; c) en muchas ocasiones, no hay un monopolio, sino un oligopolio: frente a una o varias empresas grandes existe un número relativamente amplio de pequeñas empresas; en este caso, se dice que las primeras empresas tienen una *posición dominante* en el mercado; d) no se deben confundir los supuestos de carteles económicos con los de abuso de posición de dominio.

Tercera – el régimen jurídico de las conductas colusorias es distinto al del abuso de posición dominante; si añadimos los falseamientos de la libre competencia por actos desleales completamos el marco de las conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Cuarta- a) bajo ciertos factores, las denominadas *restricciones verticales* pueden favorecer la venta de bienes y servicios y ser un instrumento útil para el impulso de la competencia; por eso, los acuerdos colusorios entre empresas que no están en el mismo eslabón del mercado (entre los principales y los agentes) a veces están permitidos; b) las *restricciones horizontales* –o carteles económicos de núcleo duro-, que son acuerdos colusorios entre empresas en el

mismo eslabón del mercado y que, por lo tanto, compiten entre sí, se consideran prácticas restrictivas de la competencia y están prohibidas *per se*.

Quinta- a) los principales sistemas normativos de defensa de la competencia existentes en la actualidad son el *antitrust* norteamericano y el *competition policy* europeo y ambos prohíben los carteles económicos de núcleo duro; b) a grandes rasgos, los dos sistemas se diferencian, primero, porque uno de los objetivos fundamentales del Derecho de competencia europeo era la eliminación de las prácticas que interferían en la integración de los mercados; semejante *cláusula* no existe en el Derecho *antitrust* norteamericano; c) el tamaño era un objetivo a conseguir en la Unión Europea, lo que originó, en principio, un sistema más permisivo, con el fin de competir eficientemente con las grandes corporaciones mundiales; d) el modelo norteamericano está más preocupado por cuestiones de evaluación de comportamientos y conduce de forma natural a la prevención a través del proceso judicial; e) el modelo europeo se centra en el análisis económico, que se lleva a cabo, en general, mediante procedimientos administrativos de inspección, registro y solución negociada; f) Estados Unidos opta por la vía penal y criminaliza a los carteles.

Sexta – a) los carteles en licitaciones son un subgrupo que tiene unas características propias, pues se verifican, no en los sistemas de economía de mercado, sino en la contratación pública; b) la normativa de contratación establece el deber de colaboración de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a la hora de enviar denuncias a los órganos reguladores de la competencia; c) este mecanismo no es efectivo, pues en muchas ocasiones los funcionarios públicos son partícipes en la infracción.

Séptima – a) la OCDE ha estimado los daños causados por los carteles de núcleo duro entre el 5% y el 20%, alcanzando en ocasiones hasta el 50%; mientras que la mediana de sobreprecio es de 34,6% según un estudio con las informaciones de la literatura especializada sobre 102-104 supuestos de carteles económicos; b) otros efectos perniciosos son los relativos a la pérdida de bienestar de los consumidores, pues los carteles reasignan el dinero de las víctimas, directa o indirectamente, a sus miembros, privando a los consumidores de los beneficios de la concurrencia (*ineficiencia asignativa*); ineficiencias técnicas (*ineficiencia productiva*) derivadas de los menores incentivos que tienen las empresas de buscar la eficiencia y los efectos dinámicos derivados de las ineficiencias anteriores en una perspectiva de medio y largo plazo; d) como los carteles económicos son los más graves ataques a la competencia, además

de los daños a los consumidores, pueden causar daños a los competidores e incluso a la Economía de un país, lo que justifica su prohibición por la normativa de defensa de la competencia.

**SEGUNDA PARTE – PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL
DE LA COMPETENCIA: MODELOS DE
CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES DE NÚCLEO
DURO**

I. MODELOS DE CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO

I.1 MODELOS EUROPEOS DE CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO

63. Antes de abordar el tema de la criminalización de las conductas de carteles conviene hacer una precisión sobre qué se entiende por *criminalización*. El término criminalización es utilizado aquí para referirse a la utilización de la *sanción penal* (prisión y/o multa), distinta de la regulación administrativa. Las sanciones administrativas no son parte de un procedimiento penal formal y no son aplicadas por un juzgado o tribunal penal -pueden ser “cuasi-penales”-, pero no hay penas de prisión en el Derecho administrativo (ni en el Derecho administrativo sancionador, como el Derecho penal de contravenciones alemán).¹⁷⁶

Wills atribuye a las sanciones penales seis características básicas a la hora de diferenciarlas de las demás: (a) El monopolio del uso de la pena de prisión. Así, las multas pueden ser de naturaleza criminal, civil o administrativa, pero la prisión es en su esencia, una sanción penal¹⁷⁷; (b) para cometer un ilícito penal es necesario actuar de modo intencional (*criminal intent*); (c) la ley penal contiene y está diseñada para contener un estigma. La ley penal tiene un mensaje

¹⁷⁶ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal: Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997, pp. 66, sobre la Ley de Contravenciones de 1952 (OWiG): “A pesar de la imposición de multas en un procedimiento administrativo, el Derecho de las contravenciones se aplica como parte del Derecho penal en sentido amplio, no como Derecho administrativo, de modo que la competencia legislativa se rige por el artículo 74, número 1 GG”, sin embargo, “En algunos complejos regulados homogéneamente como contravenciones también pueden extraerse algunos grupos de supuestos comparables cualitativamente con infracciones penales, como ocurre con algunas infracciones de la Ley contra limitaciones a la libre competencia (§§ 38 ss. GWB).”

¹⁷⁷ Comparadas con las sanciones civiles o administrativas, la sanción penal tiene una tendencia a imponerse a las personas naturales, sin imponerse apenas a las empresas. Pero que sean impuestas a personas físicas no es necesario ni suficiente para que se consideren penales. En Dinamarca las violaciones de los artículos 101 y 102 del Tratado o las conductas que se asemejan en la Ley nacional de competencia son castigadas con multas de naturaleza criminal, pero en la práctica recaen sobre las empresas y no en los individuos, mientras que en Alemania, sin tener en cuenta el tipo penal de pujas fraudulentas, las infracciones a los artículos 101 y 102 del Tratado y las infracciones de la Ley de competencia son sancionadas a través de multas impuestas a personas naturales, y solo de forma derivada a las empresas, sin embargo, son multas de naturaleza administrativa.

más duro que la norma civil o administrativa; (d) no hay relación entre la infracción y el daño. Lo que refleja la idea de que la ley penal no se preocupa por fijar un precio al comportamiento ilícito para hacer que su autor pague los costes, sino que pretende prohibir la conducta incondicionalmente; (e) más poderes de investigación. A las autoridades que aplican la Ley penal se les asignan más poderes que a las demás; (f) más garantías procesales de defensa. La autoridad que aplica la sanción penal no es la misma que hace la investigación y la persecución.¹⁷⁸ También son más altos los estándares de prueba, que deben estar por encima de la duda razonable, mientras en el campo civil o administrativo se admiten las evidencias y el balance de probabilidades.¹⁷⁹

En algunas jurisdicciones es posible aplicar simultáneamente sanciones penales y administrativas. Este sistema dual conlleva algunos problemas, tales como: a) las dificultades en la definición de las conductas ilícitas o de la delimitación del injusto típico; b) aplicación del principio del *ne bis in idem*; y c) otras cuestiones prácticas y tácticas de prevención. Sin embargo, el foco principal de este trabajo es el uso de la ley penal; por lo tanto, la interacción con otros tipos de procedimientos es analizada solo en la medida de lo necesario.

Otra precisión también se hace necesaria con relación a las variables a considerar a la hora de analizar los ordenamientos jurídico-penales como, por ejemplo, la definición del injusto típico contenida en el tipo, el rol de conductas que se cobijan bajo el ámbito de protección de la norma penal, el ámbito de aplicación de las sanciones penales, si se aplican a las personas físicas y/o jurídicas, etc.

¹⁷⁸ En Finlandia mientras se aplican sanciones administrativas de multa por las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado y las conductas equivalentes en la legislación de la competencia, las garantías procesales son mayores pues mientras la autoridad de la competencia se encarga de hacer la investigación y prosecución del caso, lo juzga el Tribunal de Comercio.

¹⁷⁹ Cfr. WILS, “Is criminalization of EU competition law the answer?” en EHLERMANN/ATANASIU, *European competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels*, Oxford, 2007, pp. 268-271. Por ende, es posible hacer una interrelación, pues, el uso de la sanción de prisión y el estigma crean la necesidad de garantías procesales para evitar una falsa acusación. Estas garantías procesales crean, a su vez, la necesidad de más poderes de investigación, para que no se tornen inefectivas. De otro lado, el papel que juegan tales sanciones y el mensaje que envían a las personas explican porque es necesario que estas actúen de forma intencional, lo que muestra la necesidad de repudiar las valoraciones erróneas, de la misma forma que la ausencia de un relacionamiento estrecho entre punición y perjuicio reflejan el deseo de detener los comportamientos criminales de manera incondicional y no apenas ponerle un precio.

Para tener una idea de estas variables, veamos la siguiente tabla, que nos remite a las clases de sanciones o medidas disponibles, su función y ámbitos de aplicación territorial y personal.

FIG. 6 – ELECCIÓN DE SANCIONES *ANTITRUST* EN EL CONTEXTO EUROPEO

<i>Tipo de medidas</i>	<i>Funciones</i>	<i>Niveles</i>	<i>Destinatarios</i>	<i>Ejemplos</i>
Orden de cese de la actividad	Medidas Cautelares	Europeo/ Nacional	Empresas	Art. 7 (Reg. 1) UE/ <i>cease and desist order</i> US
Daños	Compensatoria	Nacional	Empresas	Acciones de reparación de daños
Sanción económica	Penal	Europeo/ Nacional	Empresas/ Individuos	Multas Administrativas, civiles o penales
Inhabilitación	Medida cautelar/ Penal	Nacional	Individuos	<i>Enterprise Act</i> UK
Prisión	Penal	Nacional	Individuos	<i>Prison terms</i> UK, Irlanda
Confiscación	Penal	Nacional	Empresas/ Individuos	<i>Confiscation order</i> UK

Fuente: HARDING/JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*, 2ª edición, Oxford, 2010, p. 290. Figure X.3 *Choice of antitrust sanctions: the European context*. Traducción libre por la autora.

64. Sentado lo anterior, ahora podemos señalar cuáles son los ordenamientos jurídico-penales europeos que *contienen tipos penales* que cobijan una o más conductas de carteles: Alemania, Austria, Chipre, Dinamarca, Estonia, Francia, Reino Unido, Grecia, Hungría, Irlanda, Malta, Noruega y República Eslovaca.¹⁸⁰ Sin embargo, como hemos dicho, se debe tener mucho cuidado al analizar estos datos, pues en algunos supuestos la criminalización no es *completa* y está confinada solamente a *una conducta específica*, como en el caso de Alemania, Austria y Hungría -que criminalizan solamente a los *carteles en licitaciones*-¹⁸¹.

Otra importante observación es que no hay *penas de prisión* en todas las jurisdicciones estudiadas. Dentro de la UE únicamente Reino Unido, Irlanda, Estonia y Noruega aplican penas de prisión a todos los supuestos de carteles; mientras que Alemania, Austria y Hungría la aplican en los tipos de injusto de carteles en licitaciones. Francia aunque no criminalice directamente las conductas de carteles, sanciona penalmente a la concepción, organización o actuación (participación) en estas prácticas prohibidas.

En algunos países como Austria, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo, hay una tendencia a la no utilización del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad socioeconómica; mientras que en Italia, Suecia y Suiza se tomó la decisión de no criminalizar a los carteles de núcleo duro. El mapa que sigue es una buena muestra de las tendencias de criminalización/descriminalización de las conductas de carteles en Europa.

FIG. 7 – MAPA DE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES ECONÓMICOS DE NÚCLEO DURO EN EUROPA

¹⁸⁰ Cfr. OCDE, “Cartel Sanctions against Individuals”, *Policy Roundtables 2003*, DAF/COMP(2004)39, de 10 de enero de 2005.

¹⁸¹ Sobre los motivos por los que no se incluye aquí el tipo de injusto del art. 262 del Código penal español (alteración de precios en los concursos y subastas públicos) nos extenderemos en el apartado I.2.A de la Cuarta Parte.



- A Jurisdiction which has abolished criminal offences applying to cartel conduct
- B Jurisdiction which has a specific criminal offence of bid rigging
- C Jurisdiction which has a specific criminal offence of cartel conduct
- R Jurisdiction which has considered but rejected cartel criminalization

Not indicated: jurisdictions where fraud or cognate general criminal offences may apply to anti-competitive conduct, or where there are criminal offences relating to non-compliance with enforcement orders.

Fuente: HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, 2ª edición, Oxford, 2010, p. 344.

65. De ahí se pueden extraer los modelos de criminalización: a) *modelo de la no-criminalización*: hay ordenamientos jurídico-penales que no criminalizan ninguna de las conductas de carteles y renuncian totalmente a la sanción de prisión, incluso con relación a las conductas más graves contra la competencia; b) *modelo de criminalización parcial*: otros ordenamientos jurídico-penales criminalizan una parte de las conductas anticompetitivas, como, por ejemplo, los carteles en licitaciones; y c) *modelo de criminalización amplia o total*: criminalizan a todas las modalidades de carteles de núcleo duro, como los acuerdos colusorios de fijación de precios o de cuotas de producción, reparto de mercado y en licitaciones.

A) Modelo de la no-criminalización: Suecia, Suiza e Italia

66. Es el modelo vigente en Suecia, Suiza e Italia, pues estos países han optado por la no-criminalización de las conductas de carteles. Un examen elemental de la regulación administrativa de la competencia deja entrever que la decisión de combatir a los carteles se ejecuta exclusivamente por la vía administrativa por diferentes razones.

En Suecia, la *Konkurrensverket* (KKV) ha centrado su atención en la lucha contra los carteles y la intervención contra los participantes privados y públicos que abusan de su posición en el mercado. Los instrumentos legales para la consecución de tales objetivos son la Ley de Competencia nº 579/2008 y la Ley de Contratación Pública nº 1091/2007 (LOU).¹⁸² Suecia está ubicada en el contexto económico y jurídico de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia); es decir, en un ámbito en el que se advierte una mayor intervención estatal en la Economía y donde el Derecho penal socioeconómico es visto, en ocasiones, como algo como contrario a los objetivos estatales mismos. Por consiguiente, el Derecho administrativo es el instrumento más usual en la disciplina *antitrust*.¹⁸³

Desde la *Competition Act* 1993, la KKV ha incoado 12 procedimientos para imposición de multas, tanto por conductas de cartel, como por abuso de posición de dominio. La multa individual más alta fue la aplicada a una empresa del cartel de licitación del asfalto (170 millones de coronas suecas, cerca de 20 millones de euros). En el año 2000, la KKV impuso multas a nueve compañías petroleras por valor de 740 millones de coronas suecas (cerca de 87,1 millones de euros), que después fueron rebajadas a 52 millones de coronas suecas por el Tribunal Distrital de Estocolmo, pero al final se mantuvo en 112 millones de coronas suecas, por el Tribunal Mercantil sueco, en febrero de 2005. En septiembre de 2008, el Tribunal Mercantil sueco anuló el fallo del Tribunal Distrital de

¹⁸² Cfr. SWEDISH COMPETITION AUTHORITY, *Annual report 2013*, pp. 11-12. La autoridad de competencia sueca incoó procedimientos en el año 2010 en relación a tres casos de carteles (uno de ellos referente a los servicios de transportes funerarios) y dos fueron llevados a los Tribunales (cartel de compañías de neumáticos y de compañías de autocares de viaje), pero en este mismo año la Comisión Europea sancionó Suecia por la participación de empresas suecas en varios carteles internacionales.

¹⁸³ Por ejemplo, la regulación sueca de los servicios de transporte por taxis, donde la intervención estatal en esta actividad -bajo la argumentación de que es necesario garantizar los transportes urbanos a un nivel de precios razonable para los ciudadanos-, impide la libre competencia.

Estocolmo que había condenado a ocho concesionarias independientes de Volvo/Renault por un cartel de fijación de precios y reparto de mercado, que actuó de 1998 hasta 2002, y que había sido condenado a pagar una multa total de 21 millones de coronas suecas. El 30 de junio de 2009 y el 2 de julio de 2010 la autoridad de competencia sueca firmó acuerdos de clemencia (el programa existe desde 2002) en relación con el cartel de postes para líneas eléctricas a prueba de agua y el cartel en licitaciones de servicios de empresas funerarias de las municipalidades de Karlstad y Värmland.¹⁸⁴

67. En Suiza la mera existencia de un acuerdo anti-competitivo no significa que sea ilegal, pues es preciso demostrar que con el acuerdo se ha eliminado efectivamente la competencia o se ha impedido de forma significativa, sin tener una justificación basada en supuestos de eficiencia económica.

Existe un proyecto de revisión del *Cartel Act* de 6 octubre 1995 (CartA), para que se adopte un sistema de prohibiciones para las conductas de carteles de núcleo duro. El 6 de julio de 2009 fue la primera vez que la Comisión de competencia de Suiza sancionó con multas a ocho empresas del sector de instalaciones eléctricas por formación de carteles en licitaciones (el caso *Elektroinstallationsbetriebe Bern*), que se beneficiaron de 20% de descuento por haber alcanzado un acuerdo con la Comisión y con una reducción adicional de 40% por haberse sometido a un programa de clemencia, colaborando con las autoridades de competencia. La primera empresa en participar en el programa de clemencia recibe 100% de reducción de la multa, por su colaboración. El 18 de octubre de 2010, basándose en un programa de “auto-denuncia”, la Comisión de competencia ofreció un bono de 100% a las empresas, mientras a otra empresa le fue rebajada la multa en un 60% por haber ofertado información que permitió la incoación de un nuevo procedimiento.¹⁸⁵

68. En Italia, la Ley Antimonopolio n° 287/1990 renunció a la utilización de las sanciones penales, puesto que impone sanciones administrativas pecuniarias a las empresas por las conductas colusorias de carteles. Hay una variedad de razones para la no criminalización; entre ellas, la tensión con el principio de

¹⁸⁴ Cfr. PETERSSON/CARLE/PERVÁN LINDEBORG, *Cartel Regulation. Getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide. Sweden*, Londres, 2011, pp. 249-250.

¹⁸⁵ Cfr. MEINHARDT/MERKT/WASER, *Cartel Regulation. Getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide. Switzerland*, Londres, 2011, pp. 293-294.

legalidad por tratarse de un tipo penal vago e indeterminado, como el de la Ley de competencia norteamericana.¹⁸⁶

La descripción de un tipo penal en materia de competencia presenta, de un lado, unos grandes márgenes de indeterminación y resulta difícilmente compatible con el respecto de los principios de taxatividad y determinación. Un segundo orden de argumentos se centra en razones político-criminales de eficacia y utilidad, fundamentadas en el empleo de la sanción administrativa, que en comparación con la sanción penal se muestra más eficaz y útil. En otras palabras, como en el ordenamiento penal italiano no está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas para esta clase de delitos, la utilización del Derecho administrativo sería más eficaz y útil.

Sin embargo, en Italia se debate sobre el cómputo de la sanción pecuniaria como *coste de la empresa* y se argumenta que esta sanción no es la ideal en términos de prevención.¹⁸⁷ Esta es también la posible explicación para la no utilización del Derecho penal en el ordenamiento jurídico sueco, que no sanciona penalmente a la persona jurídica y las sanciones administrativas pecuniarias son consideradas óptimas ya que se aplican a los entes colectivos.

B) Modelo de criminalización parcial: Alemania, Austria y Hungría

69. El modelo de la criminalización parcial es aquél donde la criminalización alcanza tan solo una clase de conductas anticompetitivas: los carteles en licitaciones. Entre los países que utilizan este modelo se incluyen Alemania, Austria y Hungría. Un caso paradigmático es el de Alemania, donde los carteles económicos fueron incentivados como un instrumento permitido¹⁸⁸ –y en

¹⁸⁶ Cfr. CORDA, “Legislazione *antitrust* e Diritto penale: spunti problematici in ambito europeo”, en *Criminalia. Annuario di Scienze penalistiche. Estratto*, 2009, pp. 495-506. Sobre la Ley nº 287/1990, cfr. BERNARDI/GRANDI, “Diritto della concorrenza nell’esperienza italiana. Profili penali e penalamministrativi”, *AUF-SG*, vol. XV, 2001, pp. 1 y ss.

¹⁸⁷ Cfr. SEMINARA, “L’impresa e il mercato”, en PEDRAZZI et. al, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, Bologna, 2000, pp. 683-685, ROSSI, “L’Antitrust di Mani Pulite”, in *MicroMega*, núm. 1, 2002, p. 179; FOFFANI, “Le aggregazioni societarie di fronte al Diritto penale: appunti sulle nozioni di ‘partecipazione rilevante’, ‘collegamento’, ‘controllo’ e ‘gruppo’”, en *RTDPE*, 1993, pp. 121-162; y DE MAGLIE, “Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense”, en *RIDPP*, 1995, pp. 88 y ss.

¹⁸⁸ Cfr. RYE KINGHORN/NIELSEN, “A practice without defenders: the price effects of cartelization”, en GROSSMAN, *How cartels endure and how they fail. Estudios of industrial collusion*, Cheltenham,

algunos momentos de la historia alemana eran obligatorios- para controlar la inestabilidad creada por la competencia salvaje y la guerra de precios.¹⁸⁹

Lo cierto es que el III *Reich* impulsó una política de cartelización *obligatoria* mediante la *Zwangskartellgesetz* de 15 julio 1933, que fue completada por varios reglamentos, dictados entre 1934 y 1943,¹⁹⁰ que terminó con el acuerdo adoptado con los Aliados (art. 12 del Acuerdo de Potsdam de 12 agosto de 1945), por el que el Gobierno militar de ocupación formado por norteamericanos, ingleses y franceses elaboró la Ley nº 56 del Gobierno militar norteamericano de 28 enero 1947, Ordenanzas n. 78 del Gobierno militar británico y n. 96 del Alto Mando francés en Alemania de 9 de junio 1947, que estuvo en vigor hasta 1958. Con el fin del régimen nazi, la libertad de contratar fue estimulada, incluso por los tribunales, que antes solamente sancionaban los carteles en supuestos extremos; por ejemplo, cuándo se transformaban en un monopolio o causaban daños a los consumidores. Alemania era conocida como la tierra de los carteles.

La actitud favorable de los alemanes a los carteles puede remontarse a su origen histórico a raíz de la crisis económica de los años 1873 a 1878, seguida de un

Northampton, 2004, pp. 130-131, donde señala que los carteles pueden ser una extensión de los gremios medievales, citando a *Fredrich Kleinwachter*.

¹⁸⁹ Es opinión ampliamente compartida que las grandes empresas alemanas apoyaron a Hitler en su ascenso y permanencia en el poder y ello a semejanza de los *zaibatsu* en Japón, que habían alentado el militarismo japonés. El Derecho *antitrust* se diseminó primeramente en Alemania, y después en Italia y Francia, a través de leyes de *descartelización*, de los respectivos carteles del nacionalsocialismo, del fascismo y del régimen de Vichy; y, posteriormente, el Tratado CECA contra los carteles de las empresas de la cuenca del río Reno. Cfr. TILTON, “The difference government policy makes: the case of Japan”, en GROSSMAN, *How cartels endure and how they fail. Estudios of industrial collusion*, Cheltenham, Northampton, 2004, pp. 174-195. Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona, 1985, p. 17: “Tras la política económica del nacionalsocialismo, basada en la plena dirección y planificación, y que posteriormente dio origen a un derecho (penal) económico totalitario de guerra, las primeras reformas de la segunda posguerra sirvieron para desmontar el omnicompreensivo poder penal de la administración. La ley de simplificación del Derecho Penal Económico, de 1949, proporcionó, en beneficio de la claridad y seguridad jurídicas, una enumeración taxativa del Derecho Penal Económico vigente, y en parágrafo 6 se efectuó por primera vez la separación legislativa entre Derecho Penal Criminal y Derecho Penal Administrativo”.

¹⁹⁰ Cfr. MOTTA, *Competition Policy: Theory and practice.*, Cambridge, 2004, p. 10, donde señala que durante la Grande Depresión, en los años 30, las quiebras de muchas empresas en EE.UU. hicieron con que la formación de carteles fuera prácticamente compulsoria en algunos sectores de la economía. Durante el régimen Nazi, con el reto de controlar la industria nacional y fortalecer los sectores envueltos en la producción de aparatos de guerra, subyacía la idea de la creación de un *campeón nacional* con la cooperación y fusión de las empresas, para hacer frente a los rivales extranjeros.

período de lento crecimiento económico en el período de 1879 a 1894. Este período fue caracterizado por fluctuaciones importantes en la producción, acompañadas a menudo de excedentes de producción, subempleo y volatilidad de los precios. Los carteles eran descritos como *crías de la necesidad* o *hijos de los malos tiempos*, lo que llevó a una falta de objeción pública y a un apoyo de las autoridades gubernamentales en ciertos supuestos. Los tribunales decidían a favor de los carteles, incluso en supuestos de boicot a otras empresas que no formaban parte del cartel, o cuando eran “contrarios a las buenas costumbres”.¹⁹¹

De todas formas, “sería erróneo pensar que el actual Derecho alemán de la competencia es fruto exclusivamente de aquella imposición coactiva de la postguerra. En realidad, los alemanes asumieron –consciente y sinceramente– como propia la defensa de la libre competencia”.¹⁹² Sin esta general aceptación, la legislación antimonopolio no hubiera conseguido ni la implantación que tiene en aquel país ni el desarrollo que ha alcanzado. Que esto es así lo acredita el que, años más tarde, las normas sobre competencia contenidas en el Tratado de Roma de 1957 se adoptasen a propuesta de la delegación alemana.¹⁹³

En la década de los 70 en Alemania, la comisión de especialistas creada por el Ministerio Federal de Justicia para la lucha contra la criminalidad económica - en la que tuvo gran protagonismo el jurista *Klaus Tiedemann*- efectuó recomendaciones que ocasionaron una intensa discusión entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía.¹⁹⁴ Sin embargo, finalmente, “por razones

¹⁹¹ En 1900 el Código civil alemán estableció que las conductas de las empresas no deberían ser contrarias a las buenas costumbres, permitiendo a las partes afectadas demandar.

¹⁹² Cfr. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust*, pp. 70-71. Si bien es verdad, como señala, “que este reconocimiento ha sido producto de un cúmulo feliz de acontecimientos: los Estados Unidos subordinaron la ayuda del Plan Marshall al cumplimiento de varios requisitos –uno de los cuales era la existencia de una economía de libre empresa-, las empresas estadounidenses realizaron importantes inversiones en la República Federal de Alemania, el Legislador alemán –como se comprobó durante la elaboración de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* de 1958- participaba de las concepciones del neoliberalismo y, con el denominado milagro alemán, se difundió la idea de que la libre competencia era favorable para las empresas alemanas.

¹⁹³ Cfr. ERHARD, *El retorno de Alemania a los mercados internacionales*, Barcelona, 1957, pp. 46-47. Cfr. también MÜLLER-ARMACK, *Economía dirigida y economía de mercado*, Madrid, 1963, pp. 163-166.

¹⁹⁴ Cfr. TIEDEMANN, *Kartellrechtverstöße und Strafrecht*, Colonia, 1976; TIEDEMANN, “Regulación penal en materia de monopolios”, en *Poder económico y delito*, Barcelona, 1995, pp. 68-89; TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993; NIETO MARTÍN, “Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia”, en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994; ARROYO

políticas –para no poner en peligro la coalición de gobierno existente- el Ministerio Federal de Justicia prefirió prescindir por el momento de una criminalización amplia en la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Sin embargo, en 1978 se presentó un proyecto que sometía a pena criminal los acuerdos sobre licitaciones –también fuera de aquellos de carácter público-, pues se consideraba que esta clase de restricción a la competencia representaba un fenómeno especial, semejante a la estafa”.¹⁹⁵

70. Desde el año 1997, en la sección vigesimosexta titulada “Delitos contra la Competencia” del Código penal alemán, se prevé la incriminación de los acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones y concursos públicos por el tipo penal del § 298 StGB.¹⁹⁶ En el Capítulo de “Los Delitos contra la competencia” del Código Penal alemán se cobija el tipo penal de *acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones* (§ 298 StGB), juntamente con el tipo de injusto de *corrupción privada* (§ 299 StGB).

La introducción de este tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones tuvo lugar para reprimir graves casos que conmovieron a la opinión pública, pues se habían descubierto varios carteles en licitaciones, principalmente en el sector de la construcción civil, que habían durado décadas.

Ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de estafa, los procesos penales solían ser archivados debido a que no se podía probar la presencia de un perjuicio patrimonial, elemento típico necesario del tipo penal alemán de estafa (§ 263 StGB); el problema consistía en que, debido a su naturaleza, las prestaciones que se dan a la Administración pública suelen tener un carácter particular; o sea, no existe un *mercado paralelo* que pueda demostrar el costo competitivo (justo) y, por lo tanto, es imposible deducir el *perjuicio* exigido por el tipo penal de estafa, causado en el sentido de un *monto excesivo* exigido o pagado por la Administración pública. Sin embargo, en la actualidad,

ZAPATERO [et. al.], *Hacia un Derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995; TIEDEMANN, “El Derecho penal en la economía de mercado”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Lima, 2000; TIEDEMANN, “La competencia como bien jurídico del Derecho penal”, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* 2ª ed., Lima, 2007.

¹⁹⁵ Cfr. TIEDEMANN, *RIDP*, 1/1978, p. 367.

¹⁹⁶ Cfr. LÓPEZ DÍAZ (trad.), *Código penal alemán*, Universidad Externado de Colombia, 1998. Cfr. también HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER *Strafgesetzbuch*, 59ª edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, Múnich, 2012, pp. 2636-2644.

en relación con el tipo de estafa, la mayoría de la doctrina admite el pertinente concurso ideal de delitos; con todo, a diferencia de lo que ocurre en la estafa de subvenciones (§ 263.3), el § 298 no contiene ninguna previsión para los casos especialmente graves.¹⁹⁷

71. También siguen el modelo de la criminalización parcial de las conductas de carteles de núcleo duro, y criminalizan tan solamente los carteles en licitaciones, Austria¹⁹⁸ y Hungría.¹⁹⁹ En este último país, los carteles en licitaciones están sancionados penalmente con una pena máxima de 5 años de prisión; con todo, si el daño ocasionado es inferior a 50 millones de florines, la sanción se reduce a 2 años, servicios comunitarios o multa, mientras que en Austria la sanción es de hasta 3 años de prisión.

C) Modelo de criminalización total o amplia: Reino Unido y Francia

72. En el modelo de criminalización total o amplia están criminalizadas todas las conductas de carteles. Un ejemplo es el *cartel offence* de la Sección 188 de la *Enterprise Act 2002*, que establece que una persona es culpable de un delito de cartel si de forma deshonesta acuerda con una o más personas que sus empresas van a participar en una o más de las actividades colusorias prohibidas de fijación de precios, limitación de producción, cuotas de mercado o licitaciones fraudulentas.²⁰⁰

¹⁹⁷ Cfr. TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Valencia, 2010, p. 304.

¹⁹⁸ Cfr. RECHTSANWÄLTE, *Cartel Regulation. Getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide. Austria*, Londres, 2011, pp. 18-22.

¹⁹⁹ El Código penal húngaro contempla el tipo penal de “Acuerdos contrarios a la competencia en licitaciones públicas y procedimientos de concesiones” en el §296/B.

²⁰⁰ Cfr. El texto original de la *Enterprise Act 2002*: “art. 188. Cartel offence 1) An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings (A and B). 2) The arrangements must be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would—(a) directly or indirectly fix a price for the supply by A in the United Kingdom (otherwise than to B) of a product or service; b) limit or prevent supply by A in the United Kingdom of a product or service; c) limit or prevent production by A in the United Kingdom of a product; d) divide between A and B the supply in the United Kingdom of a product or service to a customer or customers; e) divide between A and B customers for the supply in the United Kingdom of a product or service, or; f) be bid-rigging arrangements. 3) Unless subsection (2)(d), (e) or (f) applies, the arrangements must also be ones which, if operating as the parties to the agreement intend, would— a) directly or indirectly fix a price for the supply by B in the United Kingdom (otherwise than to A) of a product or service; b) limit or prevent supply by B in the United Kingdom of a product or service, or c) limit or prevent production by

El tipo de injusto de cartel de la *Enterprise Act 2002* incluye toda clase de acuerdos colusorios: ajuste de precios, limitación de cuotas de producción o suministro, reparto del mercado y licitaciones fraudulentas.²⁰¹ Sin embargo, hay que resaltar que las conductas típicas se limitan a empresas en un mismo eslabón de la cadena de suministros; es decir, los supuestos de acuerdos horizontales restrictivos de la competencia.²⁰² Por consiguiente, los acuerdos verticales no entran en el ámbito de protección de la norma.

Para la caracterización del injusto típico poco importa que el acuerdo se haya, o no, desarrollado; y tampoco depende de que los individuos tengan la autoridad para actuar en nombre de las empresas en el momento del acuerdo; basta con que se concierten para realizar una o más prácticas prohibidas. Si el acuerdo tiene lugar fuera del Reino Unido, solo es posible la persecución si se ha implementado, en parte o en la totalidad, en el Reino Unido.

Se trata de un delito que se puede procesar como *indictable offence*, ante un jurado en la *Crown Court (trial on indictment)*, o como un delito menos grave que sería procesado en las *magistrates' court (summary trial)*; por lo tanto, se trata de un delito *triable either way*, que depende de la gravedad del daño para la elección del procedimiento (en general, si es inferior a 5.000 libras se considera una *summary offence*). La sanción, en el primer supuesto, es de hasta cinco años de prisión y/o una multa ilimitada; y, en el otro, es de hasta seis meses de prisión y/o una multa hasta el máximo previsto en el estatuto. La Ley introdujo la sanción de inhabilitación para el directivo de la empresa que supiera, o pudiera saber, de la infracción de las Leyes de protección de la competencia, tanto de Inglaterra cuanto comunitarias, por parte de la empresa.²⁰³

B in the United Kingdom of a product. 4) In subsections (2)(a) to (d) and (3), references to supply or production are to supply or production in the appropriate circumstances (for which see section 189). 5) "Bid-rigging arrangements" are arrangements under which, in response to a request for bids for the supply of a product or service in the United Kingdom, or for the production of a product in the United Kingdom— a) A but not B may make a bid, or; b) A and B may each make a bid but, in one case or both, only a bid arrived at in accordance with the arrangements. 6) But arrangements are not bid-rigging arrangements if, under them, the person requesting bids would be informed of them at or before the time when a bid is made. 7) "Undertaking" has the same meaning as in Part 1 of the 1998 Act".

²⁰¹ Cfr. JEPHCOTT/LÜBBIG, *Law of cartels*, Bristol, 2003, pp. 283-331; y Cfr. WHISH/BAILEY, *Competition Law*, pp. 414-422.

²⁰² Cfr. *Enterprise Act 2002, Section 189. Cartel offence: supplementary.*

²⁰³ Cfr. WHISH/BAILEY, *Competition Law*, pp. 414-415.

73. En Inglaterra y Gales, así como en Irlanda del Norte,²⁰⁴ la persecución de estos delitos corresponde a la *Serious Fraud Office* (SFO), que tiene más experiencia en investigaciones criminales y más recursos, especialmente para efectuar análisis forenses y recuperación de datos electrónicos. Sin embargo puede ser compartida con la *Competition and Markets Authority* (CMA),²⁰⁵ que también tiene poderes para empezar la persecución penal. Persecuciones privadas solo pueden ser admitidas después del consentimiento de la CMA. En Escocia, las persecuciones se llevan adelante por el *Lord Advocate*.

Hace unos pocos años tuvo lugar la consulta efectuada el 26 de octubre de 2011 por el *Department of Business, Innovation & Skills* (BIS), cerrada el 26 de enero de 2012, en la que se preguntó a la comunidad científica qué cambios eran necesarios con el objetivo de facilitar la aplicación del tipo penal de cartel, pues desde el año 2003 de las pocas sentencias que se han dictado en Reino Unido, solo dos terminaron en condena -y seis procesos criminales es la media anual para este tipo de delito-. Una de las opciones sería la de extraer del tipo penal el elemento de la *dishonesty*. Con ello, lo que se pretende es adelantar la barrera de protección penal para abarcar la simple asociación ilícita dirigida a las conductas colusorias prohibidas, sin tener que aportar elementos de prueba en cuanto al elemento subjetivo del tipo –elemento este de difícil comprobación-, y que es uno de los motivos que impide la persecución penal de estos delitos.

73. El momento actual es de grandes alteraciones estructurales en la arquitectura de la política de defensa de la competencia en el Reino Unido. No es descartable que la *dishonesty*, o mejor dicho, que la comprobación de que la asociación tiene una finalidad *deshonesta* o fraudulenta, sea eliminada del tipo penal.²⁰⁶

²⁰⁴ Véase la *Competition (Amendment) Act 2012*, que entró en vigencia a partir del 3 de julio y alteró la pena de prisión de 5 para 10 años, y la multa de 4 para 5 millones de euros o 10% del volumen de los negocios anuales de la empresa.

²⁰⁵ Cfr. Competition and Markets Authority, *Cartel Offence prosecution guide*, CMA9, Marzo, 2014 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288648/CMA9__Cartel_Offence_Prosecution_Guidance.pdf)

²⁰⁶ Cfr. JOSHUA, “Shooting the messenger: does the UK criminal cartel offence have a future?”, en *The Antitrust Source*, Agosto, 2010; STEPHAN, “The UK cartel offence: farewell dishonesty...”; WHELAN, “BIS and the cartel offence: a reasonable attempt to compensate for the rejection of dishonesty”, ambos en *Competition Law and Policy blog by the ESRC Centre for Competition Policy* (<http://competitionpolicy.wordpress.com>); MAC CULLOCH, “The cartel offence: Defining an Appropriate Moral Space”, *ECJ*, 2012, Vol. 8, núm. 1, pp. 73-93. Sobre la consulta BIS, *cf.* FREEMAN, “Beware of the Ides of March. The Government’s Proposed Competition Reforms”; WHELAN, “BIS, the Cartel Offence and Option 4”; WARDHAUGH, “The Cartel Offence within a ‘World Class’ Competition

74. A la diferencia del Reino Unido, Francia ostenta una situación muy peculiar en relación con el tema de la criminalización de los carteles. La *Ordonnance* n° 86-1243, de 1° de diciembre de 1986, ha promovido una vasta *descriminalización* de los delitos contra la competencia, poniendo la persecución pública en manos del *Conseil de la Concurrence*, rebautizado *Autorité de la Concurrence* en 2008.²⁰⁷

El Legislador francés mantuvo una *cuota* de tutela penal destinada a una función residual en el sistema de represión y disuasión de prácticas anticompetitivas -el art. 17 de dicha legislación- que introduce un nuevo tipo penal, que cambió como resultado de la *codification à droit constant* implementada por el orden de 18 de septiembre 2000, artículo L. 420-6 del *Code de commerce*, que prevé penas de prisión de hasta cuatro años y multa de hasta 75.000 €, a quienes de forma fraudulenta desempeñen un papel personal y decisivo en la concepción, organización o actuación (participación) en las prácticas prohibidas por los artículos L. 420-1 (carteles) y L. 420-2 (abuso de una posición de dominio o dependencia económica). Incluso se puede determinar la publicación de la sentencia íntegramente, o extractada, a expensas del condenado.

La condición preliminar (*condition préalable*) del delito consiste en la existencia de una determinada práctica anticompetitiva; de otro lado, los elementos constitutivos del delito son el desempeño de un papel *personal y decisivo* en concebir, organizar o actuar en la práctica prohibida (*élément matériel*), apoyado por una intención fraudulenta (*élément intentionnel*).

Como se puede observar, la norma francesa, de hecho, no reprime penalmente las conductas anticompetitivas *en sí mismas consideradas*, pero añade un *plus* en términos de desvalor de la conducta, tanto en el plan objetivo como en el subjetivo: castiga a las personas que ejercen un rol personal y determinante en la concepción, organización o actuación en una práctica anticompetitiva prohibida; el rol personal tiene que ser *determinante* en la conducta colusoria ilícita –lo que excluye la posibilidad de responsabilizar a los directivos que no aportan nada, o poca cosa, a la colusión-, para que sea penalmente relevante.

Regime: An Assessment of the BIS Consultation Exercise”; y MAC CULLOCH, “The Cartel Offence: Defining an Appropriate ‘Moral Space’”; ponencias presentadas durante el seminario *The BIS Consultation on a Competition Regime for Growth: One Year On*, 13 abril 2012, Newcastle Law School.

²⁰⁷ Cfr. CORDA, “Legislazione *antitrust* e Diritto penale”, pp. 507-515, con amplias referencias.

No obstante, también es necesario probar el elemento intencional del injusto típico consistente en el término *fraudulentamente*.²⁰⁸ Es necesario una *mauvaise foi* (una mala fe real o evidente), que se traduce en una participación en un cartel con el fin de perseguir un determinado objetivo delictuoso. Es también exigible un dolo específico –no uno genérico– .

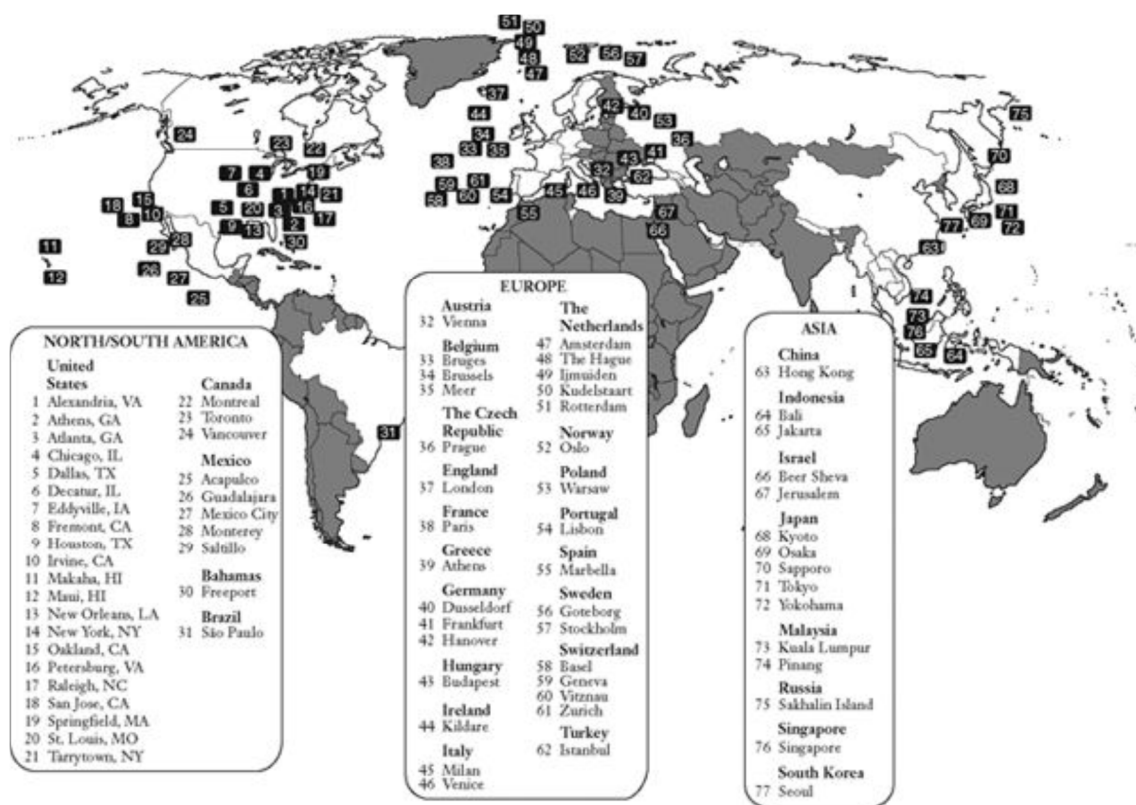
I.2 LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS CARTELES EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-PENALES

A) Estados Unidos

75. Fuera de Europa, los ordenamientos jurídico-penales que adoptan el modelo de criminalización total o amplia son: Australia, África del Sur, Brasil, Canadá, Corea del Sur, Estados Unidos, Israel, Japón, México, República Eslovaca, Tailandia y Zambia; mientras que Chile y Nueva Zelanda tramitan proyectos de ley para introducir tipos penales de carteles de núcleo duro en sus ordenamientos jurídicos.

FIG. 8 – MAPA DE LAS REUNIONES DE LOS MIEMBROS DE CARTELES ECONÓMICOS QUE AFECTAN AL MERCADO NORTEAMERICANO - AÑO 1999

²⁰⁸ Cfr. CORDA, “Legislazione *antitrust* e Diritto penale”, p. 513: En la versión final de la norma francesa se utilizó el adverbio *fraudulentamente* para sustituir la frase “mediante constricción, abuso de autoridad, disimulación o cualquier otro medio fraudulento”. Según este autor, se trata de una “simplificación deformante” de la norma. La jurisprudencia mayoritaria entiende que el adverbio *fraudulentamente* exige un dolo especial, por lo que no bastaría con el dolo genérico, lo que restringe el ámbito de protección penal del tipo.



Fuente: HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, 2ª edición, Oxford, 2010.

76. Como se puede ver, las actividades colusorias son un fenómeno internacional que se concentra en las zonas industrializadas como Estados Unidos, Europa y Japón. Como hemos visto, el modelo de la criminalización de todas las conductas de carteles es el modelo predominante a nivel mundial en la actualidad. Sin embargo, se trata de una tarea enciclopédica extender el objeto de este estudio a todas los ordenamientos jurídico-penales que criminalizan los carteles económicos de núcleo duro y desborda el objetivo aquí trazado.

Así que vamos a seguir un breve recorrido de las principales legislaciones que utilizan el Derecho penal para la prevención de las conductas de carteles. Y de entre ellas una de las más importantes es, sin duda, la norteamericana. La experiencia estadounidense con la criminalización de los carteles es la que nos aporta más datos, ya que la criminalización existe allí desde el año 1890. Algunos supuestos ya fueron analizados a título introductorio en la primera parte del trabajo donde contrastamos el Derecho *antitrust* norteamericano con la *competition policy* europea.

77. El cálculo del riesgo/recompensa en relación con las penas aplicadas a los cartelistas ha cambiado desde los años 90, con tres significativas modificaciones en el *enforcement* criminal: aumento de las sanciones, adopción de un programa

de amnistía por la División *Antitrust* del Ministerio de Justicia norteamericano (DOJ), y la introducción de las *US Sentencing Guidelines*. Estos tres elementos combinados entre sí conforman una red de prevención del delito de cartel y son ampliamente vistos como el impulso significativo en la persecución de los carteles de núcleo duro en, y por, los Estados Unidos, impulso que ha continuado hasta el presente.

En los años 1990 y 2004 los desincentivos aumentaron – se elevaron tanto las penas de multa como las de prisión-, y los jueces respondieron a esto con sentencias más duras, lo que hizo que los programas de clemencia (*Leniency programs*), proporcionalmente, se tornaran más atractivos y la recompensa fuera convertida en un catalizador de auto-denuncias y de cooperación. Este sistema de riesgo/recompensa será estudiado más adelante, con más detalle. El Derecho *antitrust* norteamericano es utilizado como espejo por otros ordenamientos jurídico-penales.

El *US Code* dispone en el Capítulo 1 – “Monopolios y acuerdos restrictivos del comercio”, del Título 15 – “Comercio y tráfico comercial”, que “§ 1. Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del negocio (*trade*) o del comercio entre los estados o con países extranjeros. Toda persona que tome parte en cualquier contrato o participe en cualquier combinación o conspiración que se declare ilegal será declarada culpable de un delito, y, en su condena, será sancionada con multa de hasta \$100.000.000 si es persona jurídica, o, si es cualquier otra persona, de \$1.000.000, o prisión hasta 10 años, o por ambas penas, a discreción del tribunal”.²⁰⁹

78. El Derecho penal *antitrust* norteamericano recoge conductas caracterizadas, ante todo, por un ámbito definido: la estructura empresarial. Las sanciones aplicadas en casos recientes tienen en cuenta esta doble realidad: las características criminológicas del sujeto al que se imponen (directivos de

²⁰⁹ Cfr. el texto original del *US Code*: “Title 15 – Commerce and Trade. Chapter 1 – Monopolies and combinations in restraint of trade. § 1 - Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”. Cfr. La *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* 2004, que ha aumentado las sanciones de multa y prisión hasta los estándares actuales.

empresas transnacionales) y las peculiaridades de un comportamiento que no sería posible en otros ámbitos distintos de la empresa. Una mínima racionalidad exige, en consecuencia, que la gravedad de las sanciones no sea de menor entidad que la de las previstas para delitos que agotan su lesividad en un concreto patrimonio individual.

Es lo que, en cierta medida, tuvo en cuenta la sentencia de 20 de septiembre de 2012,²¹⁰ en la cual el Tribunal Distrital de San Francisco aplicó multa de US\$500 millones a la filial americana de la empresa taiwanesa *AU Optronics*, por tomar parte en el cartel de pantallas de cristal líquido (LCD), que se utilizan en ordenadores y portátiles, televisores y otros dispositivos electrónicos, y que tiene un movimiento de US\$70 billones anuales en el mercado mundial, afectando a familias, escuelas, empresas, agencias gubernamentales y órganos asistenciales de caridad.

Además de la pena de multa –la más alta aplicada hasta la fecha-, el ex presidente de la empresa, Hsuan Bin Chen, y el ex vice-presidente, Hui Hsiung, fueron condenados –ambos- a la pena de prisión de 3 años y al pago de una multa de US\$200,000. La empresa también fue condenada a publicar en 3 grandes editoriales en Estados Unidos y Taiwán, informaciones sobre la condena y las sanciones aplicadas y cuáles son los remedios que está adoptando. La empresa y su filial norteamericana, *AU Optronics Corporation America*, fueron puestas en un período de suspensión por 3 años (*probation*), dentro del cual deberán adoptar un programa de *compliance* y nombrar un monitor independiente de *compliance*.²¹¹

El fiscal general adjunto de la División de Defensa de la Competencia, *Scott D. Hammond*, responsable del programa de prevención (*enforcement*) criminal, ha señalado que la División *Antitrust* seguirá persiguiendo vigorosamente los carteles internacionales que tengan como meta “robarles el dinero duramente ganado a los consumidores norteamericanos”.

²¹⁰ *United States v. AU Optronics Corporation; AU Optronics Corporation America; Hsuan Bin Chen, aka H.B. Chen; Hui Hsiung, aka Kuma; Lai-Juh Chen, aka L.J. Chen; Shiu Lung Leung, aka Chao-Lung Liang and Steven Leung; Borlong Bai, aka Richrd Bai; Tsannrong Lee, aka Tsan-Jung Lee and Hubert Lee; Cheng Yuan Lin, aka C.Y. Lin; Wen Jun Cheng, aka Tony Cheng; and Duk Mo Koo*, CR-09-0110 (SI).

²¹¹ *Cfr.* “Taiwan-based Au Optronics corporation sentenced to pay \$500 million criminal fine for role in LCD price-fixing conspiracy”, *Department of Justice – DOJ*. (http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/287189.pdf)

B) Australia y Canadá

79. Australia introdujo las sanciones penales en el año 2009²¹² después de un intenso debate que terminó con la inclusión en la Ley de la Competencia y del Consumidor (CCA) de penas de prisión de hasta 10 años o multas de hasta 220.000 dólares australianos para las personas físicas. Para las personas jurídicas la multa máxima es la mayor de entre las siguientes: 10 millones de dólares australianos, o tres veces el valor del beneficio ilegal obtenido, y si no es posible saberlo, 10% de la facturación de los 12 meses anteriores del grupo de empresas en Australia. La ACCC (*Australian Competition and Consumer Commission*) ha incoado procedimientos de investigación criminal de cara a potenciales futuras persecuciones penales.

80. Canadá es el país que sanciona más gravemente a los carteles, con multa de hasta 25 millones de dólares canadienses para empresas que tomen parte en carteles y la misma multa y/o pena de prisión de hasta 14 años para las personas físicas. Los tribunales han concluido que, en el contexto de la protección de la competencia, las multas deben ser lo suficientemente altas como para disuadir a las empresas poderosas y dejen de ser simplemente un costo de los negocios. La multa más significativa impuesta para una sola empresa fue de 10 millones de dólares canadienses, la pena máxima en aquel entonces (2006), pero no la mayor multa impuesta a varias empresas, en este caso, el supuesto que alcanzó la mayor cifra fue la aplicación de una multa de 50.9 millones contra *F Hoffmann-La Roche* por haber participado en el cartel de las vitaminas.²¹³

C) Brasil y Chile

82. En Latinoamérica, Brasil fue el pionero en la criminalización de las conductas de cartel;²¹⁴ en la legislación penal especial se cobijan los siguientes

²¹² En el mismo año en que Macedonia y Sudáfrica introdujeron sanciones penales de hasta 10 años para las conductas de carteles.

²¹³ Com., IP/01/1625; y también: *La Comisión impone multas a los carteles de vitaminas*, Bruselas, 21 de noviembre de 2001. (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/1625&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>). El cartel de las vitaminas es un cartel internacional paradigmático y muy documentado, pues fue sancionado por las autoridades de EE.UU., Australia, Canadá, África del Sur, México, Brasil y la Unión Europea.

²¹⁴ En Latinoamérica hemos elegido los ordenamientos jurídicos de Brasil y Chile, el primero por ser pionero en la criminalización de los carteles y, el segundo, por la paradigmática tentativa de recriminalización de las conductas de carteles a raíz de la actuación de las farmacias, después de haber operado la descriminalización. También vale la pena mencionar el escándalo del cartel de contratación

tipos penales: (a) *formación de cartel* en el art. 4º, incisos I y II, de la Ley 8.137/90, de 27 de septiembre 1990 (Ley de Crímenes contra el Orden Tributario, Económico y contra las Relaciones de Consumo); (b) carteles en licitaciones, en el art. 90 de la Ley 8.666, de 21 de junio 1993 (Ley de Licitaciones).

La nueva Ley *Antitrust* brasileña, Ley 12.529, de 30 de noviembre de 2011, descriminalizó varias conductas anticoncurrenciales que existían en la Ley 8.137/90, a nuestro juicio de forma muy acertada, pues sendos tipos penales tenían una redacción idéntica a la de la normativa administrativa sancionadora, lo que generaba un inadmisibles *bis in idem*. Con esta importante reducción del ámbito de protección de la norma penal, modernamente solo rige el tipo penal de *formación de carteles* del art. 4º, incisos I y II, de la Ley 8.137/90,²¹⁵ que prevé la pena de prisión de 2 a 5 años y multa, a quienes incurrieren en las siguientes conductas: (a) abusar del poder económico a través de acuerdos colusorios que importen en una dominación del mercado o en la eliminación total o parcial de la competencia; o (b) formar parte de acuerdos, convenios, ajustes o alianzas, entre ofertantes, con el fin de fijar artificial precios o cantidades vendidas o producidas; y el tipo penal de carteles en licitaciones, con la pena de prisión de 2 a 4 años y multa, del art. 90 de la Ley 8.666/93, que sanciona penalmente las conductas de: (c) frustrar o defraudar, mediante ajuste, combinación o cualquier otro expediente, el carácter competitivo del

de las empresas del Grupo Nule, en Colombia, que se utilizaba de la modalidad de contratación denominada “carrusel” (que es la alternancia de la contratación entre empresas pertenecientes al mismo grupo). Los cargos fueron impuestos a los implicados por delitos de cohecho impropio, concusión y celebración indebida de contratos. En diciembre de 2011 Miguel, Manuel y su primo Guido Nule fueron condenados a siete años y medio de prisión por el delito de peculado por apropiación. Otros delitos por los que están imputados los Nule son fraude procesal, falsedad en documento privado, concierto para delinquir y cohecho. Cfr. OCDE, *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción. Contribución de Colombia*, DAF/COMP/LACF(2012)9, Foro latinoamericano de competencia, Sesión III, Santo Domingo, República Dominicana, 18-19 de septiembre de 2012. La Ley 1474/2011, de 12 de julio, *Estatuto Anticorrupción* tipifica penalmente el fraude en licitación pública, acrecentando al Código Penal el art. 410-A: “El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de 6 a 12 años y multa de doscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por 8 años”) y su parágrafo: “el que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria e Comercio en una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena de una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por 5 años”.

²¹⁵ Cfr. TIGRE MAIA, *Tutela penal da ordem econômica: O crime de formação de cartel*, São Paulo, 2008, sobre el tipo penal de formación de cartel anterior a la nueva Ley *antitrust* brasileña.

procedimiento licitatorio, con el fin de obtener, para sí o para otra persona, ventaja derivada de la adjudicación del objeto de la licitación.

Con ocasión de la discusión legislativa de la nueva Ley *antitrust* en la Cámara de los Diputados y en el Senado Federal,²¹⁶ los órganos que componen el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC)²¹⁷ se movilizaron para solicitar un aumento de pena de hasta 7 años de prisión, pero la sanción se mantuvo en un máximo de 5 años. En la actualidad, el caso más importante es el de los carteles en licitaciones de la petrolera estatal Petrobrás, donde se investiga un supuesto caso de corrupción de funcionarios públicos que participaban en la colusión de empresas constructoras, que a la vez les pagaban comisiones de entre el 1% y el 5% del precio total de los contratos, que se aumentaba generando sobrepuestos que, a su vez, implicaron perjuicios de billones de reales (miles de millones de euros).²¹⁸

83. La situación en Chile se puede decir que es *sui generis*; esto es así porque se piensa en *volver a criminalizar* las conductas de cartel que habían sido descriminalizadas a través de la Ley 19.911, de 14 de noviembre de 2003, que suprimió las disposiciones penales de la Ley de Defensa de la Competencia (DL

²¹⁶ Cfr. RÉGIS PRADO, “Algunos aspectos del proceso legislativo y del control de constitucionalidad de la ley penal en el Derecho brasileño”, en DÍEZ RIPOLLÉS/SOTO NAVARRO/PRIETO DEL PINO, *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*, Valencia, 2005.

²¹⁷ El Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) se compone de la Secretaria de Acompañamiento Económico (SAE), órgano del Ministerio de Hacienda, y por la autarquía federal CADE – *Consejo Administrativo de Defensa Económica*, según la nueva estructura que le adjudicó la Ley 12.529/2011. Sobre el Derecho de la competencia brasileño y el sistema sancionador, cfr. CARVALHO ROCHA [ET. AL.] (Coord.), *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico*, Belo Horizonte, 2005; ZANOTTA/BANCHER (org.), *Desafios atuais do Direito da concorrência*, São Paulo, 2008; MARQUES GILBERTO, *O processo antitruste sancionador: Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil*, São Paulo, 2010; MOLAN GABAN/OLIVEIRA DOMINGUES, *O Direito antitruste. Combate aos cartéis*, 3ª ed., São Paulo, 2012; RÉGIS PRADO/EL TASSE, *Ordem Econômica e Direito penal antitruste*, Curitiba, 2012; DOMINGOS TAUFICK, *Nova Lei antitruste brasileira: A Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência*, Rio de Janeiro, 2012; FONSECA FORTES FURTADO, “Liberdade e justa concorrência como corolários do respeito à ordem econômica em sua vertente de promoção da dignidade humana”, en *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n. 12, fev./mai., 2012; “FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, 6ª ed. São Paulo, 2013; OLIVEIRA/GRANDINO RODAS, *Direito e Economia da concorrência*, 2ª ed., São Paulo, 2013.

²¹⁸ Cfr. FONSECA FORTES FURTADO, “La colaboración premiada en la nueva Ley brasileña de combate a las organizaciones criminales: su aplicación al presunto caso de corrupción en la empresa Petrobrás”, comunicación presentada en el Congreso Internacional “Trasparencia institucional, participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción”, Las Palmas de Gran Canaria, 25, 26 y 27 de marzo de 2015.

nº 211, de 22 de diciembre de 1973).²¹⁹ Eso sugiere, a primera vista, la atipicidad penal de las conductas colusorias en cuestión;²²⁰ sin embargo, el Código penal chileno cobija tipos penales anteriores a la descriminalización que podrían aplicarse a los carteles, en concreto, los tipos de injusto de alteración de precios de los arts. 285 y 286.²²¹ La discusión respecto de la adecuación típica de las colusiones ganó relieve por ocasión de la actuación del Ministerio Público en el caso del cartel de las farmacias,²²² sosteniendo la aplicación del art. 285 CP

²¹⁹ Hay que señalar que la reforma del año 2003, en el aspecto de la eliminación de toda pena privativa de libertad o restrictiva de libertad de las conductas de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, contó con la venia de las autoridades, atendida la prácticamente nula persecución criminal en cerca de 30 años de aplicación de la ley. La experiencia posterior a la descriminalización deja la cuestión de que, quizás el esfuerzo chileno orientado al combate de los carteles había sido más efectivo de lo que se imaginaba. Cfr. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO/BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, “Luchando contra los carteles duros: La perspectiva chilena”, *Política y Ley de Competencia en Chile. Examen inter-pares*, enero, 2004, pp. 44 y ss., donde se señala que: “en una economía pequeña, la élite empresarial puede estar en condiciones de limitar la producción y aumentar los precios mediante la colusión tácita (es decir, sin necesidad de llegar a un acuerdo verbal o escrito). También se sugirió que si las empresas han alcanzado un acuerdo explícito, la comunidad empresarial de esa economía, reducida y muy unida, podría hacer prácticamente imposible dar con algún ejecutivo que esté dispuesto a proporcionar pruebas manifiestas contra sus compañeros de asociación ilícita, porque ello significaría no poder volver a ocupar un cargo ejecutivo en Chile nunca más”, lo que en la práctica se demostró totalmente equivocado, tanto que la Fiscalía Nacional Económica - FNE logró efectuar un acuerdo de clemencia con los directivos de Farmacias Ahumada – FASA, que reconocieron haberse coludido con sus concurrentes entre 2007/2008 para subir el precio de medicamentos, en el famoso “caso de las farmacias” (Rol C 184-08, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

²²⁰ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 154: “En Chile la protección penal de la libre competencia que surgió con el Derecho Ley nº 211 de 1973 y la consecuente jurisprudencia (por lo menos hasta los años 80) fue considerada en el extranjero como modelo de efectividad pues, pese a que sus normas eran exageradamente amplias, la jurisprudencia de las autoridades chilenas restringió sus alcances y construyó toda una base dogmática garantista que, por sus resultados, se acercaba al Derecho *Antitrust* norteamericano (incluyendo, entre otros, el reconocimiento de la “competencia” como objeto de protección, la sanción de las personas jurídicas y un control de procesos de concentración). Posteriormente parece haber decaído el interés en la protección del bien jurídico hasta llegar a la descriminalización efectiva de las conductas (algo que en la práctica ya se habría producido) en la nueva disposición legal que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley nº 19.911 de 14-11-2003)”.

²²¹ El Código penal de Chile dispone: “Art. 285. Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Art. 286. Cuando el fraude expresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos u otros objetos de primera necesidad, además de las penas que el él se señalan, se impondrá la de comiso de los géneros que fueren objeto del fraude”.

²²² Sobre el cartel de las farmacias chilenas véase la STDLC núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012 (http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf); y la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema, de 7 de septiembre 2012, que en decisión unánime confirmó la

Chile.²²³ Con posterioridad, se falló que no se trataba de un ilícito de colusión, sino de algo menos, de un delito de alteración fraudulenta del precio natural de medicamentos. Se ha absuelto a los imputados, 10 empresarios de las farmacias y laboratorios, por insuficiencia de pruebas, con un voto en contra estimando que con la prueba rendida por el Ministerio fiscal se daban por concurrentes los elementos típicos.²²⁴

C) Japón y Corea del Sur

84. La legislación de protección de la competencia en Japón y Corea del Sur cubre sanciones de naturaleza penal para conductas de cartel. En el artículo 89 de la Ley Antimonopolio (Ley n° 54/1947, de 14 de abril) japonesa, se impone pena de prisión (con trabajos forzados) de hasta 5 años, o multa de hasta 5 millones de yenes para las conductas de monopolización privada o que

sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia chileno, en contra de Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. que fueron condenadas cada una al pago de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, aproximadamente US\$20 millones. En el fallo, los ministros Sergio Muñoz, Carlos Künsemüller, Guillermo Silva, Rosa Egem y Juan Escobar resolvieron que: “las empresas implicadas cometieron una infracción de gravedad extrema, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas en el mercado de venta al consumidor de los productos farmacéuticos y de la dimensión del mercado geográfico afectado. La fijación de los precios afectó las reglas de la competencia, permitiendo a las implicadas prever que infaliblemente obtendrían un beneficio económico. El interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas, puesto que, como se dice por una de las requeridas, los márgenes de colusión llegaron solamente a 185 medicamentos éticos”. La sentencia es concluyente en cuanto a que el alza que sufrieron ciertos medicamentos en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008, fue producto de la acción coordinada de las tres cadenas de farmacias (http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf).

²²³ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, “La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno”, en *Polít. crim.*, vol. 7, núm. 13, julio 2012, pp. 147 y 167, donde señala que “el tipo penal del art. 285 se encuentra plenamente vigente y que es subsumible en él la conducta de quienes ofrecen productos o servicios al público ocultando que se han puesto de acuerdo con otros oferentes en cuanto al precio exigido, dando lugar de ese modo, al falsificarse la situación de libre competencia relativa supuesta en la oferta, y en la medida en que quienes se coluden tengan suficiente poder de mercado, a un precio distinto del que se hubiera formado de no haber mediado dicho acuerdo (“precio natural”). Derogadas las disposiciones penales contenidas en las leyes especiales sobre conductas contrarias a la libre competencia, el art. 285 es el único precepto actualmente aplicable a este tipo de conductas, sin perjuicio de una posible calificación conforme al art. 286”.

²²⁴ La sentencia del 4° Tribunal de juicio oral en lo Penal de Santiago, de 28 de julio de 2015, se puede consultar en el sitio web del Poder Judicial de Chile (<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/Sentencia+4TOP+Farmacias.pdf/fde5df4c-e52c-4612-83d1-cd3bd2c47803>). Desde luego, no cabe aquí un análisis exhaustivo del fallo, pero el caso de las farmacias resuscitó la discusión sobre la necesidad de criminalización de las colusiones empresariales y ha puesto en relieve lo anticuado que es el marco normativo de los tipos de injusto de alteración fraudulenta de los precios naturales con relación al fenómeno de los carteles económicos de núcleo duro.

comporten una irrazonable restricción de la competencia; mientras que Corea del Sur sanciona con multa de hasta 200 millones de won coreanos y penas de prisión de hasta 3 años, o ambas, para los individuos que se involucraren en actividades de cartelización.²²⁵

D) México

85. En México, según la Ley Federal de Competencia Económica, de 24 de diciembre de 1992, las prácticas monopolísticas absolutas son conspiraciones (contratos, convenios, arreglos o combinaciones) entre agentes económicos competidores entre sí, con fin de manipular precios o cantidades, o repartirse segmentos de mercado. Estas prácticas son ilegales *per se* y no existe ningún tipo de justificación para su realización, ya que impiden a la sociedad obtener los beneficios de la competencia económica: mejores precios y mayor calidad en los productos y servicios.

Hay tres tipos de sanciones que pueden imponerse orden de suprimir una conducta por ser una práctica monopólica absoluta, multas de carácter administrativo hasta por el 10 por ciento de los ingresos anuales del infractor y sanciones penales de tres a diez años, previstas en los artículos 253 y 254 *bis* del Código penal de México. Según dispone el art. 253: “son actos u omisiones que afectan gravemente al consumo nacional y se sancionarán con prisión de tres a diez años y con doscientos a mil días multa, los siguientes: I.- Los relacionados con artículos de consumo necesario o generalizado o con las materias primas necesarias para elaborarlos, así como con las materias primas esenciales para la actividad de la industria nacional, que consistan en: d) Todo

²²⁵ JAPAN FAIR TRADE COMMISSION, *Act on prohibition or private monopolization and maintenance of fair trade*, “Article 89. 1. Any person who falls under any of the following items shall be punished by imprisonment with work for not more than five years or by a fine of not more than five million yen: (i) Any person who, in violation of the provisions of Article 3, has effected private monopolization or unreasonable restraint of trade; (ii) Any person who, in violation of the provisions of item (i) of Article 8, has effected substantial restraint of competition in any particular field of trade. 2. Any attempt to commit a crime falling under the preceding paragraph shall be punished.” La sanción es más baja en los supuestos de carteles internacionales: “Article 90. Any person who falls under any of the following item shall be punished by imprisonment with work for not more than two years or by a fine of not more than three million yen: (i) Any person who, in violation of the provisions of Article 6 or item (ii) of Article 8, has entered into an international agreement or an international contract which contains such matters as fall under unreasonable restraint of trade; (ii) Any person who violated the provisions of item (iii) or (iv) of Article 8; (iii) Any person who fails to comply with a cease and desist order or a decision as provided in Article 65 or paragraph (1) of Article 67 after it has become final and binding.

acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes o transportistas, para evitar la competencia entre sí y traiga como consecuencia que los consumidores o usuarios paguen precios exagerados.

El art. 254 bis dispone que “se sancionará con prisión de tres a diez años y con mil a tres mil días de multa, a quien celebre, ordene o ejecute contratos, convenios o arreglos entre agentes económicos competidores, cuyo objeto sea cualquiera de los siguientes: I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados; II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios; III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables, o IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.”

II. LOS CARTELES COMO EXPRESIÓN DE LA MACROCIMINALIDAD: APUNTES CRIMINOLÓGICOS

II.1 INTRODUCCIÓN

87. Antes de entrar en el diagnóstico sobre la utilización de las sanciones penales en los supuestos de carteles de núcleo duro, hay que dedicar una reflexión previa al aspecto criminológico de la delincuencia económica de los carteles. Las valoraciones alternativas de criminalidad y pena se hallan vinculadas a la perspectiva interna de una sociedad determinada y “el sistema de coordenadas, solo en el marco del cual puede adoptarse una decisión sobre la adecuación o inadecuación de la criminalización de un género de conductas, se halla determinado en sus rasgos esenciales por factores culturales e históricos, sobre cuya legitimidad sería empresa inútil ponerse a razonar desde puntos de vista político-prácticos”.²²⁶ La perspectiva criminológica aporta importantes argumentos para el debate político-criminal, lo que justifica, a nuestro juicio, la inclusión de un breve análisis sobre el fenómeno de la macrocriminalidad económica.

A) Las notas definidoras de la macrocriminalidad económica

88. El fenómeno de la macro o extracriminalidad económica contemporánea configura la expresión emergente de una “nueva desviación estructural, la vinculada al ejercicio ilícito y objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía”.²²⁷

²²⁶ Cfr. NEUMANN, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. Alemana)/ROBLES PLANAS (ed. Española), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, 2012, p. 209.

²²⁷ Cfr. LYRA, *Criminología*, Rio de Janeiro, 1964, pp. 59 y ss. (2ª ed., Rio de Janeiro, 1990). Cfr. también CERVINI, “Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos”, en *RDPC*, 2ª época, núm. 14, 2004, p. 119, donde pone de relieve que “Roberto Lyra fue de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica como un abanico de formas de delincuencia socio-económica muy perfeccionadas, de enorme lesividad social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la ley penal. Agregaba finalmente, que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, esas tipificaciones se realizaban normalmente en forma inadecuada, y se tenía la sensación de que “las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas”. Sus observaciones reflejaban

Mecanismos económicos “abiertos” son: a) los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior (mecanismo de los cambios), b) los de transformación del capital en renta y de la renta en capital (mecanismos financieros y bursátiles), c) los de la circulación y aplicación de activos, y finalmente d) los del equilibrio entre la producción y el consumo (manejo de los *commodities*, carteles, abusos al consumidor, etc.).²²⁸

El desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, pues a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y de transporte, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación, y los daños se incrementan en términos económicos. Los carteles hacen uso de estas facilidades para establecerse ahí donde existan intereses económicos, sin respetar fronteras; sin duda ninguna, la globalización²²⁹ ha facilitado la creación de carteles internacionales.²³⁰ Si bien

una aproximación criminológica sumamente certera que, pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con las más recientes elaboraciones doctrinarias. Al analizar las notas definidoras de la macrocriminalidad económica, haremos referencia a esos filtros del sistema penal, que engendran y recrean precisamente, tan intolerable vulnerabilidad. Si analizamos los datos disponibles sobre la actual criminalidad en el mundo, reiteramos, los números estadísticos de la criminalidad contemporánea conocida, confirmaremos el peso cualitativo gravitante de las formas de macro o extracriminalidad”.

²²⁸ Cfr. SEVERIN, *Recent developments in relation to economic crimes*, Austin, 1991, pp. 42 y ss.; CERVINI, *El Derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*, Buenos Aires, 2005, pp. 8-9.

²²⁹ Entendemos la globalización no como un discurso, sino una nueva realidad de poder que no es reversible; como un nuevo momento de poder planetario, como la entiende ZAFFARONI, *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, 2005, pp. 181 y 183-184: “Pueden sintetizarse las principales características de este nuevo momento de poder planetario de la siguiente manera: A) La revolución tecnológica es, ante todo, de comunicaciones: la velocidad de comunicación aumenta hasta límites insospechados hace pocos años. B) Se produjo una reducción del poder regulador económico de todos los Estados, aunque en diferente medida, invocando la necesidad de favorecer un mercado mundial. C) Se acelera la concentración de capital, con evidente predominio del financiero. D) Se desplazan los capitales con costo cero, hasta donde se hallan mayores rentas, por lo general a costa de reducción de costos por recortes de personal y de menor tributación. E) El poder político compite por atraer esos capitales, o sea que los políticos compiten por reducir su poder, especialmente en los países periféricos. F) El uso del salario, del empleo y de la tributación, como variables de ajuste, provoca creciente desempleo y deterioro salarial, la menor recaudación fiscal permite menor inversión social. G) Como resultado de todo lo anterior, los Estados perdieron su capacidad de mediación entre el capital y el trabajo. H) Los sindicatos carecen de poder para reclamar contra esa situación. I) La especulación financiera adopta formas que cada vez tornan más borrosos los límites entre lo lícito y lo ilícito. J) Los refugios fiscales para capitales de origen ilícito son conocidos por todos y nadie los obstaculiza. K) El sistema tributario se invierte, tratando de compensar la menor tributación del capital con mayor tributación del consumo, que recae sobre los de menor renta”.

²³⁰ Cfr. CREUS CARRERAS, “Carteles internacionales”, en MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (dirs.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, p. 48.

puede afirmarse que a lo largo de la historia han existido múltiples ejemplos de carteles económicos que se han enriquecido a través de la fijación de precios, del reparto del mercado o de licitaciones fraudulentas, lo cierto es que este fenómeno ha alcanzado en las últimas décadas unas dimensiones desproporcionadas. La preocupación internacional por los carteles se hace más que evidente con la adopción de medidas e iniciativas muy importantes a nivel mundial por organismos internacionales tales como la OCDE, ONU, ICN, etc. Los países europeos tienen en su historia reciente ejemplos de actuación de carteles en varios sectores importantísimos para la economía como los de la construcción civil, farmacéutico, de transportes, etc.; que, sin duda, generan unos perjuicios graves e inciden en el conjunto de la sociedad y en la economía. Se trata, pues, de un fenómeno cuya *naturaleza y magnitud* debe motivar una política criminal coherente y racional, como pone de relieve *Cervini*:

“Cuantitativamente, el 94% de los delitos conocidos sigue siendo convencional y de poca monta (bagatela y dañosidad media); cualitativamente, el 6% restante de criminalidad estadística representa el 65% del daño general provocado por las conductas definidas como delictivas, evaluado en términos constantes. Un gran fraude a las subvenciones, detectado en Francia a fines del 2001, representó un monto equivalente a dos mil delitos convencionales contra la propiedad ocurridos en el mismo año, o en la megaoperación ‘Casablanca’, de lavado de activos, representó un monto económico equivalente al de todos los hurtos y atracos contra personas físicas ocurridos en los EE.UU. durante los cuatro años anteriores. Aún más categórico, hemos visto con claridad que el embate especulativo de grupos especializados sobre una determinada moneda puede llevar a su virtual devaluación y a un incremento exponencial del riesgo país”.²³¹

89. La macrocriminalidad económica de los carteles tiene por actores a los directivos que, en general, ocupan el primer nivel de decisión, con dominio funcional y operativo de las conductas colusorias, pero que no sufren la imposición de las sanciones, que recaen solamente en las empresas y, como regla, son pecuniarias.²³² Estas características hacen especialmente difícil la

²³¹ Cfr. CERVINI, *El Derecho penal de la empresa*, pp. 3-4. Sobre las agencias de *rating* y las calificaciones operadas en los mercados de deudas en el caso español. Véase, también, el auto del Juzgado Central de Instrucción nº 2, de 30 de agosto de 2011, rec. 46/2011, ponente: Ismael Moreno Chamarro (LA LEY 165396/2011).

²³² Cfr. SCHRAGER/SHORT, “Toward a sociology of organizational crime”, *Social Problems*, vol. 25, núm. 4, 1978, pp. 411-412. Donde se considera a los carteles como delitos de cuello blanco, pues son “delitos cometidos por personas respetables en el transcurso de sus ocupaciones” y también como un delito organizacional de cuello blanco, es decir, delitos cometidos por “una persona física o grupo de personas físicas en una organización formal de carácter legítimo, de conformidad con los fines operativos de la organización.”

lucha contra la macrocriminalidad económica. Hay que añadir, en el caso de los carteles económicos, que tales complejidades se acentúan cuándo miramos hacia Europa por una serie de factores que veremos a continuación.

B) Complejidades en la criminalización de los carteles: una historia de ambigüedad en Europa

89. Este tema es lo suficientemente importante como para que efectuemos un breve excursión sobre el mismo. En efecto, el núcleo del problema de la criminalización de los carteles radica en que en el entorno cultural europeo no parece que la participación en carteles o la colaboración con los mismos se encuentren entre los hechos realmente reprobados por el ciudadano.²³³ Sin embargo, esta percepción cambia mucho de jurisdicción a jurisdicción; por ejemplo, uno entre diez británicos piensa que la prisión es apropiada para individuos comprometidos con colusiones.²³⁴

La falta de reconocimiento, en general, de que las conductas de cartel están prohibidas y causan daños significativos es un elemento que forma parte de la ambigüedad de la ilicitud de las colusiones.²³⁵ A diferencia de otros delitos que implican transferencia de riqueza tales como el robo o el fraude, extrañamente,

²³³ Cfr. HARDING/JOSHUA, “The European Experience: A Culture of Toleration”, *Regulating cartels*, pp. 52-56. Cfr. BEATON-WELLS/HAINES, “Making cartel conduct criminal: a case study of ambiguity in controlling business behavior”, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, vol. 42, núm. 2, 2009, pp. 218-243.

²³⁴ Cfr. STEPHAN, “Oxford workshop suggests appetite for cartel criminalization may be waning”, *Competition Law and Policy, blog ESRC - Centre for Competition Policy* (<http://competitionpolicy.wordpress.com/2009/11/30/oxford-workshop-suggests-appetite-for-cartel-criminalisation-may-be-waning/>)

²³⁵ Cfr. STUCKE, “Morality and antitrust”, *CBLR*, 2006, pp. 443-547, donde atribuye al Derecho penal una función educativa. De acuerdo: BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 82: “Pues bien, la sanción penal de estas conductas transmitiría a la sociedad un mensaje acerca de su lesividad y reprochabilidad. Ello implicaría un cambio en las valoraciones de estos comportamientos que realiza la sociedad española. Ahora bien, la conciencia social sobre la reprochabilidad de la formación de carteles de núcleo duro no se forma de manera espontánea. Los acuerdos anticompetitivos constituyen prácticas cuyos perjudicados no pueden ser fácilmente identificados. Y claro está, ocurre como en los delitos sin víctimas, en los que la conciencia negativa sobre los mismos no se desarrolla de manera espontánea, sino que es consecuencia de una acción del Legislador, normalmente mediante el recurso al Derecho penal. En estas situaciones se afirma que corresponde al Legislador hacer progresar la conciencia social. La criminalización envía una clara señal de que la conducta prohibida en gran medida es reprochable, cosa que ocurre en mucha menor medida cuando se considera que se trata de una infracción administrativa, que envía el mensaje de que el Legislador considera los acuerdos anticompetitivos como moderadamente valorados”.

no existe una concienciación de la ciudadanía sobre la ilicitud de los carteles, una vez que no afectan directamente al patrimonio de los ciudadanos. En Europa, las personas legas en Derecho y no versadas en cuestiones comerciales difícilmente llegan a saber que los acuerdos de fijación de precios o reparto de mercados constituyen infracciones legales.

“Lo que un estadounidense calificaría vulgarmente como un robo, para un español sería un simple acuerdo empresarial”. Por este motivo, “es tan distinta aproximación ética a la misma conducta la que explica la diferencia entre las legislaciones, el contexto en el que resulta posible que una persona condenada en EEUU a una pena de prisión por lo que allí se considera un grave delito económico pueda residir en la mayor parte de los países de Europa – los que no han criminalizados los carteles – sin temor a ser extraditado (gracias a la cláusula de doble incriminación) y sin sufrir rechazo social, aunque los problemas propios de la condición de ‘fugitivo’ de la justicia norteamericana para los hombres de negocios han aconsejado a no pocos de ellos entregarse voluntariamente a las autoridades de EEUU para ser juzgados y para cumplir allí sus condenas”.²³⁶

90. A lo anterior se suma el hecho de que la opinión pública, en general, se divide sobre si la culpa debe ser atribuida a hombres de negocios y a filántropos.²³⁷ Sin embargo, la experiencia en el sector financiero sugiere que la percepción del público puede ser moldeada por los acontecimientos significativos que ponen en evidencia el fracaso de la reglamentación administrativa.²³⁸ Por ejemplo, pocos dudan ahora de la idoneidad de las

²³⁶ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, pp. 312 y 82: “Son supuestos en los que el Legislador no castiga lo que la sociedad rechaza, sino que sanciona para que los ciudadanos reprobren. Con ello se reconoce a la criminalización una función simbólica respecto al objeto del delito, que en fondo, es correlativa al tradicional carácter estigmatizador de la justicia penal para el sujeto activo del hecho punible”.

²³⁷ Como pasó en Australia con ocasión de la participación de *Richard Pratt* en una colusión de largo plazo. Hasta el Primer Ministro australiano, *John Howard* ha hecho declaraciones a favor del empresario, que fueran descritas como “algo preocupante” y que han hecho más difícil para el público apreciar la seriedad de la naturaleza del daño causado y de la reprochabilidad moral que atrae.

²³⁸ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 313: “Pero el problema es que la asignación a la pena de una función de *prevención general positiva* basada en la transformación de las valoraciones éticas de los ciudadanos es difícilmente justificable desde una óptica garantista y democrática que sitúe a la moral en un terreno metajurídico. Por ello, el Legislador solo debería utilizar las sanciones penales tras constatar la existencia de un amplio consenso social en el reproche del hecho en cuestión, lo que en el campo de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia exigiría en España de los poderes públicos y de los agentes sociales la difusión de más información sobre la materia y una mayor explicación de las muy perniciosas consecuencias de los carteles para la eficiencia, la innovación tecnológica, el desarrollo económico y el bienestar de todos. Una vez formada la opinión pública y siendo entonces constatable el reproche social, los representantes del pueblo español harían bien en criminalizar los carteles, mucho más lesivos que otras conductas penalizadas en los últimos

sanciones penales para ejecutivos que participaron en grandes defraudaciones, como *Bernie Madoff*. Con el tiempo, esta percepción puede producir un “cambio normativo en la sociedad” sobre la perspectiva de la corrección y conveniencia de la criminalización.²³⁹

91. Otro factor que enmascara la gravedad de la conducta es la naturaleza indirecta o invisible del daño ocasionado. Incluso allí donde el daño económico causado por los carteles es reconocido, su naturaleza indirecta no provoca la misma respuesta moral que la de los delitos más tradicionales que se dirigen contra personas concretas, como el hurto. Esta falta de conexión entre carteles y daño es ampliada por el retraso, a menudo considerable, entre la producción del delito y su descubrimiento. Una decisión judicial después de años de actividad de un cartel que sobrecargaba a los consumidores (cumulativamente) con 50 €, no aumenta el sentido inmediato de injusticia que se sentiría si se quitara estos 50 € directamente de las carteras de los consumidores.

“Ante esto, los consumidores tienen dos opciones: negarse a pagar el elevado precio de los productos que desean y que están controlados por el cartel, renunciando, por lo tanto, a dichos productos, o bien pagar el precio fijado por el cartel, enriqueciendo, así, sin saberlo, a los miembros del mismo. Si finalmente deciden adquirir los bienes o servicios, van a pagar más de lo que de otro modo habrían pagado y, por lo tanto, van a disponer de menos dinero para gastar en otros bienes. En suma, los miembros del cartel se apropian de una parte del dinero de los consumidores, que es la que viene determinada por la parte del precio que se incrementa con la formación del cartel (o excedente del consumidor, que es la diferencia entre la cantidad máxima de dinero que un consumidor estaría dispuesto a pagar por un bien o servicio y la que realmente paga) lo cual, como indica la doctrina anglosajona, se equipara a un delito contra el patrimonio, en este caso de los compradores”²⁴⁰.

La falta de conexión entre la conducta y el daño también plantea la cuestión filosófica –quizás metafísica- sobre si el daño (económico) se puede decir que se produciría si las víctimas no fueran conscientes de que lo experimentan. Una

tiempos de forma ciertamente simbólica, no ya por carecer de respaldo en las creencias y valoraciones socialmente compartidas, sino por haberse introducido en el Código penal con un afán político meramente propagandístico, con total abstracción de las posibilidades de aplicación práctica de las normas.”

²³⁹ Cfr. CONNOR, *Global price fixing*, 2ª ed. rev., Berlin, Heidelberg, 2008. La diseminación de información sobre el cartel internacional de las vitaminas conformó la opinión pública, pues ha arrojado luz sobre un fracaso de la regulación económica en detener un cartel internacional que ha causado perjuicios millonarios a los consumidores de varias partes del mundo.

²⁴⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 89.

respuesta negativa no tendría necesariamente que conducir a la no criminalización, sin embargo debe darse una respuesta positiva. El hecho de que un individuo o una empresa tengan menos dinero del que deberían, pero por un acto específico, no significa que no se haya sufrido un daño financiero; simplemente oscurece la fuente. Las víctimas tienen menos fondos a su disposición. Esto normalmente tiene un efecto negativo –incluso aunque sea solo marginal–, un impacto en su cualidad de vida, sin importar si son conscientes de lo mucho mejor que podrían haber estado.²⁴¹

Está claro que el daño inmediato, directo e identificable es a menudo causado por los delitos más tradicionales, lo que explica la voluntad popular de clasificar la conducta como social o moralmente reprochable y, por consiguiente, de que se deben imponer sanciones a los autores de dichos delitos, mientras que no asigna el mismo reproche moral a varias conductas ilícitas, aun cuando generen mayores beneficios para sus participantes y produzcan un daño social mucho más grave y colectivo.²⁴² También es sorprendente que la falta de percepción pública²⁴³ de la gravedad del daño causado por los carteles con frecuencia se traduzca en una falta de voluntad política para implementar el cambio hacia la criminalización. A estos factores se suma el hecho de que la macrocriminalidad económica comporta, en general, un abuso del poder económico, que redundará en la denominada *cifra dorada* de la criminalidad.

C) El abuso del poder económico y la cifra *dorada* de la criminalidad

²⁴¹ Cfr. CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, Barcelona, 2001, p. 20, donde señalan que “una de las objeciones más advertida respecto de estas encuestas [de victimización] es su incapacidad para detectar delitos de cuello blanco ya que, además de que habitualmente ni siquiera son objeto de pregunta, la ‘víctima’ no es consciente de ser víctima en los delitos que lesionan bienes colectivos”.

²⁴² Cfr. SUTHERLAND, “White-collar criminality”, *Am. Sociol. Rev.*, vol. 5, núm.1, 1940, pp. 1-12.

²⁴³ Cfr. ALSINA, “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación”, en *Polít. Crim., CDJ*, Madrid, 1999, p. 82, donde señala que determinados delitos aparecerán en la sección de sucesos o similares, con narraciones construidas a partir de una matriz simbólico-dramática, que estaría relacionada con las formas narrativas tradicionales y correspondería a la prensa popular. Frente a esta matriz se opondría la racional-iluminista que se centra más en la razón y corresponde con informaciones políticas o económicas. A nuestro juicio, las noticias relacionadas a la aplicación de sanciones a los carteles guardan esta última matriz, con una narrativa que se corresponde con informaciones económicas y no delictivas.

92. El poder, ha escrito *Max Weber*, es “la posibilidad de imponer la propia voluntad sobre la conducta ajena”.²⁴⁴ El abuso de poder, expresa *Tiedemann*, radica en que una persona natural o jurídica, que por vías absolutamente legales ha alcanzado una situación prominente, jurídica o fáctica, utiliza ésta en una forma objetivamente abusiva.²⁴⁵ La macrocriminalidad económica, inequívocamente, comporta en un abuso del poder económico, pues incluso las empresas que no ostentan una posición de dominio en el mercado pueden abusar de la parcela de poder económico que ostentan. En el caso de los carteles, se fortalece el poder a través de la colusión empresarial, en perjuicio de consumidores, de otros competidores y del orden económico. Importa observar que “de hecho, en todo momento histórico y en todo espacio geográfico, los grandes monopolios del poder económico, político, social o religioso, cuando han abusado de sus potestades infringiendo la ley, han influido decisivamente en aquellos que tienen la facultad de aplicar las normas para evitar someterse a éstas”.²⁴⁶

Versele acuñó el término *cifra dorada* para caracterizar a los que “tienen el poder político o lo ejercen impunemente para su propio beneficio o el de una minoría, o que disponen de un poder económico que se desarrolla en detrimento del conjunto de la sociedad y los sitúa fuera del alcance del sistema penal”,²⁴⁷ aparte de la denominada *cifra negra* -de delincuentes *clásicos*-²⁴⁸ que escapan a toda detección o conocimiento oficial.²⁴⁹ No pueden tener otro sentido “las connivencias político-económicas, las colusiones político-financieras, sutiles peculatos, colusiones disfrazadas y abusos reales que resultan favorecidos, tanto por lagunas normativas más o menos deliberadas como por complacencias más o menos conscientes”.²⁵⁰

En esta línea y a modo de ejemplo, *Silva Sánchez* señala la existencia de *paraísos jurídico-penales* cuando los ordenamientos jurídicos no proporcionan una

²⁴⁴ Cfr. WEBER, *Economía y sociedad*, México, 1964, p. 696.

²⁴⁵ Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, pp. 55-56.

²⁴⁶ Cfr. BORJA JIMÉNEZ, *Curso de Política criminal*, 2ª ed., Valencia, 2011, p. 220.

²⁴⁷ Cfr. VERSELE, *Las “cifras doradas” de la delincuencia*, Resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas, 1976, *passim*.

²⁴⁸ Aquí se utiliza clásico en el sentido de delincuentes que cometen delitos del Derecho penal clásico, en antagonismo al Derecho penal moderno.

²⁴⁹ Cfr. MEDINA ARIZA, *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2011, p. 3, donde señala que: “en los países occidentales solo aproximadamente la mitad de los delitos comunes (el porcentaje es incluso menor en algunos de éstos, así como en los delitos de las clases medias o de los poderosos) llega al conocimiento de la policía”.

²⁵⁰ Cfr. VERSELE, *Las “cifras doradas”*, p. 21.

respuesta penal uniforme a un cierto tipo de delincuencia.²⁵¹ De ahí adviene la existencia de lagunas *disfuncionales*, en la medida en que hay una quiebra de la uniformidad y hay una permisión de cierto tipo de conductas en principio consideradas ilícitas en otros ordenamientos.²⁵² En suma, existirían una serie de actividades socialmente nocivas y peligrosas que el poder político y la fortaleza económica, muchas veces aliados en combinaciones estructuradas y disfrazadas con enorme habilidad, protegen de toda detección y eventual sanción.²⁵³ En este sentido se podría imaginar que algunos paraísos jurídico-penales existen exactamente para cumplir con tal finalidad.

93. El caso es que la macrocriminalidad económica pone en evidencia lo obsoleto del Derecho penal tradicional, pensado en términos de una criminalidad individual, no-empresarial, y contra víctimas específicas. La fatal combinación de progreso técnico y especialización criminal ha puesto al Derecho penal ante problemas totalmente nuevos. Tales factores actúan como multiplicadores de las reacciones penales, en virtud de la creación de nuevas esferas de actuación, como los delitos referentes a la manipulación genética o cometidos a través de *internet*. De hecho, ésto comporta la expansión del Derecho penal a ámbitos que hasta entonces eran desconocidos, lo que implica la necesidad de nuevas vías de configurarlo.²⁵⁴

²⁵¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “El Derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”, en *Cadernos de Comunicações – Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, año 5, núm. 2, enero/2001, p. 34.

²⁵² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. ampl., Madrid/Buenos Aires/Montevideo, 2011, p. 92. En el caso Europeo, advierte el autor que “tal respuesta tendencialmente uniforme no es fácil. De entrada, podría pensarse en una suficiencia de los procesos de armonización de legislaciones en los preceptos correspondientes (de los que la integración europea ofrece ya algunos ejemplos). Sin embargo ello, con ser necesario e importante, no resulta suficiente. Es preciso, además, homogeneizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos”. Lo que resulta especialmente importante en cuanto a los carteles, por el hecho de que algunos países de la UE criminalizan ciertas conductas y otros no, por lo tanto, la desarmonización en este sector es total.

²⁵³ Cfr. VERSELE, *Las “cifras doradas”*, pp. 21-22.

²⁵⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 83-109 y 183. En los últimos años ganó interés la solución planteada por este autor de un Derecho penal de *dos velocidades*: “Una primera velocidad, representada por el Derecho penal ‘de la cárcel’, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias para, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una ‘tercera velocidad’ del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel* concurre con una *amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales*”. En cuanto al Derecho penal de la “tercera velocidad”, señala el autor que existe ya en el Derecho penal socio-económico y que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la

Al margen del extenso e interesante debate acerca de las nuevas vías que se abren al Derecho penal de la globalización, se trata de verificar si en los supuestos de los ilícitos anticoncurrenciales de los carteles económicos nos encontramos ante un ámbito de expansión *razonable*²⁵⁵ del Derecho penal o si, de lo contrario, nos encontramos ante de un ejemplo típico de *overcriminalization*,²⁵⁶ donde la intervención del Derecho penal es innecesaria y/o desproporcionada. Es precisamente la capacidad de la macrocriminalidad para difuminar el daño (difuso) lo que comporta la necesidad de un análisis analítico-crítico más detenido de cuál es el bien jurídico-penalmente protegido.²⁵⁷

94. Por otro lado, en términos de técnica legislativa, frecuentemente se reprocha que los tipos penales de cartel deben estructurarse mediante tipos abiertos, de peligro abstracto, con lo cual se entroniza la mera desobediencia como ilícita; o mediante las fórmulas legales de tendencia, como el inabarcable tipo de la *conspiracy* que contiene la actual legislación norteamericana. Se suele afirmar también que el combate a este tipo de delitos conlleva necesariamente una progresiva aminoración del principio de culpabilidad, y se debe punir por la mera realización del acto, sobre la base de una presunción o, simplemente, por hecho ajeno, sosteniendo la existencia de formas de analogía intratípica. Sin embargo, estas peculiaridades son las que presenta el Derecho penal económico en general.

Que se ponga en duda la eficacia práctica del Derecho penal socioeconómico, no significa que no haya que superar las barreras técnicas que se ponen al tipificar delitos como el de blanqueo de capitales, *insider trading*, o delitos informáticos (*cybercrimes*).²⁵⁸ Lo cierto es que la situación es paradójica, como

primera, ya a la segunda velocidad mencionadas, o debe quedarse reducido a la mínima expresión (ámbitos excepcionales y por tiempo limitado).

²⁵⁵ Por cierto hay que adoptar una postura “intermedia”, una expansión “moderada”, situada en un punto medio realista, alejado tanto del minimalismo como del maximalismo como propone SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, p. 196. Cfr. RODRIGUES DE ASSIS MACHADO, *Sociedade do risco e Direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*, São Paulo, 2005.

²⁵⁶ Cfr. HUSAK, *Overcriminalization. The limits of the Criminal law*, Oxford/New York, 2008. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, pp. 192-195, donde establece la coincidencia de perspectivas entre el fenómeno de la expansión y la *overcriminalization* observada en EE.UU., que comprende el *overpunishment* (incremento de penas de delitos pertenecientes al núcleo del Derecho penal) y la *overcriminalization* en sentido estricto (la extensión del Derecho penal a hechos que se consideran que no deberían ser integrados en él).

²⁵⁷ Cfr. HOEL, “Crime does not pay but hard-core cartel conduct may: Why it should be criminalized”, en TPLJ, núm. 16, 2008, pp. 102-115.

²⁵⁸ Cfr. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, 2010, pp. 3-17.

lo refleja el mismo título del presente apartado: ¿Cómo es posible el combate a la macrocriminalidad económica en el marco de un Derecho penal mínimo? ¿La *ultima ratio* del Derecho penal debe quedar circunscrita a la microcriminalidad? Estos interrogantes ofrecen como punto de partida una de las más interesantes discusiones actuales del Derecho penal –y que está lejos de cerrarse-, pero que sirve como un primer paso hacia el debate político-criminal respecto de la criminalización de los carteles de núcleo duro, que es a lo que nos dedicaremos a continuación.

III. CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE

Primera – a) en los ordenamientos de tradición romano-germánica se verifica una tendencia a no utilizar la sanción penal en los supuestos de carteles de núcleo duro; b) al revés, en los ordenamientos jurídico-penales anglosajones la regla es la utilización de la sanción penal; c) en Europa no se detectó una tendencia a la criminalización con una pequeña excepción a propósito de las conductas de carteles de núcleo duro; d) a nivel mundial esta tendencia es muy clara debido a la fuerte influencia de la normativa estadounidense.

Segunda – Con relación a la criminalización de las conductas de carteles de núcleo duro los ordenamientos jurídico-penales se agrupan en modelos: a) modelo de la *no-criminalización*: ordenamientos jurídico-penales que no criminalizan ninguna de las conductas de carteles y renuncian totalmente a la sanción de prisión, incluso con relación a las conductas más graves contra la competencia; b) modelo de la *criminalización parcial*: ordenamientos jurídico-penales que criminalizan los carteles en licitaciones, pero dejan las demás conductas colusorias sin sanción penal; c) modelo de la *criminalización amplia o total*: ordenamientos jurídicos que criminalizan los acuerdos colusorios de fijación de precios o de cuotas de producción, reparto de mercado y los carteles en licitaciones.

Tercera – La mayoría de los países persigue activamente a los carteles económicos duros y varios ordenamientos jurídico-penales optan por la creación de un sistema de riesgo/recompensa con la combinación de sanciones penales y programas de clemencia, como clave de una política-criminal más efectiva y eficaz en la prevención de las conductas colusorias.

Cuarta – Las colusiones se insertan en la macro o extracriminalidad económica contemporánea vinculada al ejercicio ilícito y objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía. Las colusiones han alcanzado en las últimas décadas unas dimensiones desproporcionadas, pero no se observa una concienciación sobre su ilicitud y gravedad debido a varios factores; entre ellos: a) la invisibilidad del daño ocasionado; b) la falsa sensación de suficiencia de las multas millonarias aplicadas; c) la falta de conexión temporal entre la conducta y el daño; d) el

retraso en la aplicación de las sanciones. Eso conlleva la existencia de conductas que importan un abuso de poder económico que se sitúan fuera del alcance del sistema penal; la denominada *cifra dorada* de la criminalidad.

Quinta- La macrocriminalidad económica pone en evidencia lo obsoleto del Derecho penal tradicional, pensado en términos de criminalidad individual, no-empresarial, y contra víctimas específicas. La fatal combinación de progreso técnico y especialización criminal han colocado al Derecho penal ante nuevos retos. Tales factores actúan como multiplicadores de las reacciones penales en virtud de la creación de nuevas esferas de actuación. Que se ponga en duda la eficacia práctica de la actuación del Derecho penal en estos nuevos ámbitos no significa que no haya que superar las dificultades para acompañar a la evolución social.

**TERCERA PARTE – ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL
DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO: NECESIDAD,
IDONEIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO
ESTRICTO**

I. RACIONALIDADES EN TORNO A LOS CRITERIOS POLÍTICO-CRIMINALES

“The subject of sanctions is significant for two main reasons. First, sanctions provide the signals for the process of legal control, acting as signifiers of the nature of the prohibition. It is through the choice of sanctions that a society conveys the quality of its censure, and in this respect the choice between administrative, civil, and criminal sanctions is a central element of the subject. Secondly, sanctions act as indicators of legal effectiveness in that perception and measurement of their impact is one of the principal means of assessing the health and vigor of the system of legal control” (HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, 2^a ed., Oxford, 2010, p. 230)

1.1 INTRODUCCIÓN

95. Hasta ahora nos hemos situado en un nivel teórico general, con lo cual hemos podido delimitar el objeto de estudio dejando al margen otros tipos de conducta que, si bien son acuerdos contrarios a la competencia, no integran el concepto de carteles de núcleo duro. A continuación, nos adentraremos en el análisis político-criminal de las conductas que integran dicho concepto. ¿Hasta qué punto hay una tendencia a la criminalización? Antes de iniciar la discusión político-criminal en torno al merecimiento y necesidad de pena de las colusiones secretas es imprescindible abordar cuestiones metodológicas, tales como los distintos niveles de racionalidad que entran en juego a la hora de aplicar los criterios político-criminales.

1.2 PREMISAS METODOLÓGICAS

A) La Teoría de la Legislación y su aplicación a la política criminal

96. Se ha dicho, con indudable acierto, que la función legislativa es el invento humano que mayor trascendencia ha tenido, siendo sus consecuencias incluso superiores al descubrimiento del fuego o de la pólvora.²⁵⁹ No hay dudas de que las leyes penales -el instrumento legal más incisivo en manos del Estado— deben ser utilizadas con extrema cautela, aunque no tenemos “algo así como una teoría general de la ley penal lo suficientemente asentada y ni siquiera de una sistematización pacífica de criterios”²⁶⁰ a la hora de delimitar el injusto típico material.

Uno de los retos con que nos enfrentamos en la presente investigación es la poca concreción de los principios político-criminales de necesidad e idoneidad de pena, ya que desde el mismo punto de partida se llega a conclusiones dispares -incluso antagónicas-, dependiendo de cómo se manejen dichos criterios, con lo cual no se pone fin al relativismo legislativo.²⁶¹ Para minimizar esos riesgos, nos serviremos de la Teoría de la legislación introduciendo niveles de

²⁵⁹ Cfr. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Madrid, 1985, p. 141.

²⁶⁰ Cfr. ROBLES PLANAS, “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. Alemana)/ROBLES PLANAS (ed. Española), *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, pp. 34 y 25, donde propone limitar el Derecho penal solo a los ataques a la autonomía jurídica individual como “la posibilidad de la persona de poder hacer uso libre de perturbaciones de los derechos individuales garantizados constitucionalmente bajo exclusión de las acciones de terceros”, pero con matizaciones (la cita es de WRAGE, *Grenzen der staatlichen Strafgewalt*, 2009, p. 278). Cfr. también FRISCH, “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 309-339. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, 5ª ed., Vol. 1, Madrid, 2012, pp. 95-105 y 103: “De lo expuesto puede inferirse que no existen criterios *materiales* que permitan diferenciar a priori y con carácter general el ilícito *penal* del administrativo”.

²⁶¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y persona*, Buenos Aires, 2000, pp. 24-26: “Con todo, no es posible obviar la relativa ‘vacuidad’ de los dos referidos principios de necesidad (en el sentido de subsidiariedad) y de proporcionalidad. Pues en ambos es preciso efectuar una comparación: en el primer caso, entre la alternativa de protección elegida y otras alternativas posibles, para valorar si aquella por la que se opta es efectivamente menos lesiva que las demás; en el segundo caso, entre el interés protegido y el interés lesionado, para valorar si precisamente el protegido es de mayor valor que el lesionado o no. Así, dos sistemas que acojan como principios estructurales fundadores de su política criminal (o de otras intervenciones estatales) los de necesidad y proporcionalidad, pueden llegar a conclusiones absolutamente dispares a la hora de resolver –ya en el plano legislativo- determinados problemas. Pues lo decisivo –con ser esto importante- no es la acogida (por cierto, bastante generalizada, hasta el punto de que podría atribuírseles un estatuto *quasi*-lógico) de tales principios, sino los *criterios de valoración* de los intereses en presencia, a partir de los cuales puede sostenerse que una intervención es subsidiaria de otra y proporcionada a la consecución de un determinado objetivo”.

racionalidad en el análisis político-criminal.²⁶² Otro importante matiz es la inclusión de la *eficiencia*, imprescindible en cada una de las racionalidades y en su análisis global posterior. Armados con dicho arsenal metodológico descenderemos a la arena del debate político-criminal.

B) Elección racional y principios penales: los cinco niveles de racionalidad propugnados por la Teoría de la legislación

97. Puede pensarse que el Legislador debe elegir libremente los intereses sociales que estime dignos de protección penal, sin traba alguna en términos político-criminales. Sin embargo, no es así, pues la utilización de la ley penal viene limitada por principios estructurales que buscan equilibrar la difícil ecuación libertad-seguridad. Uno de los más importantes es el de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, que se desdobra en los de *lesividad* e *intervención mínima*. El primero se plasma en la idea de daño social, mientras que el segundo lo hace en la idea de que el Derecho penal debe utilizarse poco, exclusivamente para la protección de los bienes jurídicos más importantes.²⁶³ El principio de intervención mínima, a su vez, se escinde en los de *fragmentariedad* y *subsidiariedad*. El principio de *fragmentariedad* implica sancionar las modalidades más peligrosas para los bienes jurídicos; mientras que el de *subsidiariedad* o *ultima ratio* concibe el Derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado, o no están disponibles, otras medidas o medios. Para concretar mejor dichos principios les aplicaremos los siguientes criterios de racionalidad:²⁶⁴ a) *racionalidad comunicativa o lingüística*: a nivel comunicativo el emisor debe ser capaz de transmitir con fluidez el mensaje contenido en la ley al receptor; b) *racionalidad jurídico-formal*: la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; c) *racionalidad pragmática*: la conducta de los destinatarios de la norma tiene que adecuarse a lo prescrito en la ley; d) *racionalidad teleológica*: la ley tiene que alcanzar los fines sociales perseguidos, y e) *racionalidad ética*:

²⁶² Cfr. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, 1997; RANDO CASERMEIRO, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, 2010.

²⁶³ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico-penal protegido*, p. 12, donde señala que se constata “un cierto déficit de legitimación del Derecho penal, que llegaría de la mano de la recíproca interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida”.

²⁶⁴ Cfr. ATIENZA, *Contribución*, pp. 27-28. Aquí utilizamos los niveles de racionalidad propugnados por la Teoría de la Legislación.

las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores susceptibles de justificación ética.

98. Los niveles de racionalidad están ordenados de forma abstracta y de acuerdo con un criterio de complejidad creciente; sin embargo, a los efectos de este estudio, “es razonable pensar que en la elaboración de un trabajo de dogmática legislativa (en la medida en que no trata fundamentalmente de analizar o de evaluar, sino más bien de proponer una ley con determinados contenidos) debe invertirse (o cambiarse) ese orden: se comienza por discutir qué objetivos deben perseguirse con la ley y si estos están justificados; luego, qué medios objetivos y subjetivos (sanciones) deben usarse a fin de lograrlo; qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente; y, finalmente, cómo deben estar redactados sus artículos”.²⁶⁵ Siguiendo dicho orden, primeramente definiremos las racionalidades en abstracto y después las aplicaremos al análisis político-criminal de los carteles de núcleo duro.

B.1) El nivel de racionalidad ética

99. Es éticamente racional que los contenidos de protección de la norma sean parte de un consenso social básico, que supongan un ataque a las bases más arraigadas de la convivencia social. Por consiguiente, el sistema jurídico se entiende como un conjunto de normas o comportamientos evaluables y organizados en torno a teorías éticas.²⁶⁶ La intervención penal se realiza en función de la carga de reprobación ética que la sociedad dirige a la conducta. Esta premisa admite matizaciones; por ejemplo, aunque exista cierta reprobación ético-social en los ilícitos bagatelares, la no intervención penal se justifica en función de que los costes superan a los beneficios extraíbles de la sanción.

100. El consenso ético-social sobre la necesidad de criminalización de una conducta cumple más bien una función limitadora (o negativa) que constructiva, pues excluye las conductas que no corresponden al discurso instrumentalizado según la ética, enviándolas a otros ámbitos de protección. Es irracional criminalizar una conducta si eso no está justificado éticamente; por ejemplo,

²⁶⁵ Cfr. ATIENZA, “Argumentación y legislación”, en DíEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/SOTO NAVARRO (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia, 2005, p. 44.

²⁶⁶ Por ejemplo, en el caso del iusnaturalismo, la naturaleza; en un sistema kantiano, la dignidad humana; y si se trata de teorías contractualistas o neocontractualistas, el consenso.

cuando quienes han dictado la ley carecen de legitimación ética, cuando una ley prescriba comportamientos inmorales o no prohíba lo que moralmente debería prohibir, o cuando sus fines son ilegítimos. La lógica que se aplica es de tipo binario o digital, en la que la respuesta solo puede ser: verdadero o falso, sí o no, 0 (cero) o 1 (uno). Nos enfrentaremos, pues, a los siguientes interrogantes: ¿son éticamente reprobables los carteles de núcleo duro? ¿Existe un consenso social sobre la necesidad de su criminalización? No obstante, y como ya hemos anticipado, no es este el momento para contestar dichos interrogantes; antes debemos conceptualizar las racionalidades.

B.2) El nivel de racionalidad teleológica

101. En el nivel de la racionalidad teleológica el sistema jurídico es visto como un medio para llegar a ciertos fines y se abandonan la lógica digital y el consenso valorativo típicos de la racionalidad ética. Se trata de definir: a) cuál es el objeto de tutela; b) el grado de protección, incluyendo los niveles de exigencia para la imputación personal y para la imposición de sanciones. Eso implica un cambio lógico condicionado por una distinta aproximación analítica al problema: al discurso racional-teleológico se aplica la *lógica borrosa*,²⁶⁷ una lógica basada en la idea de que todo es una cuestión de grado. Lo irracional a este nivel es que una norma jurídica no produzca los efectos deseados o produzca efectos no previstos.

²⁶⁷ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 247: “la aplicación del método de los subconjuntos borrosos al derecho procede de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y su principal aporte consiste en la utilización de la *lógica analógica* para la resolución de problemas jurídicos, -en este caso precisamente del atinente a conceptuar una disposición sancionadora dada como *derecho penal en sentido amplio*-. Sobre la Teoría de los conjuntos borrosos: Cfr. ZADEH, “Fuzzy Sets”, *Informations and control*, núm. 8, 1965, pp. 338-253; ZADEH, *European Workshop on Industrial Fuzzy Control & Applications*, 1993; WALDRON, “Vagueness in Law and Language: some Philosophical Issues”, *California Law Review*, núm. 82, 1994, pp. 526 y ss.; KOSKO, *Fuzzy thinking. The new science of fussy logic*, New York, 1993; KOSKO, *El futuro borroso o el cielo en un chip*, Barcelona, 2010. A los efectos que aquí se propone utilizaremos el término *borrosos*, que nos parece más acertado que lo que otros autores proponen, como por ejemplo la utilización del término “vaguedad” o “vago” (*vagueness*), que se puede ver en la “paradoja del conjunto” de BERTRAND RUSSELL y en la “teoría de los conjuntos vagos” de MAX BLACK. Cfr. BASTIDA FREIJEDO, “La soberanía borrosa: La democracia”, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, vol. 1, 1998, pp. 381-459.

El ordenamiento jurídico se rige, aparentemente, por categorías binarias: válido/no válido y aplicable/no aplicable.²⁶⁸ “Así lo enseña el positivismo lógico, que responde a la lógica matemática de ceros y unos o la simbólica de negro y blanco, *tertium non datur*. Sin embargo, es posible analizar estas categorías desde una lógica borrosa, de manera que el 0 y 1, el negro y blanco, sean los valores o casos extremos de una línea gris (conjunto borroso)”.²⁶⁹ La utilidad de la lógica borrosa deriva del hecho de que las reglas se basan en el sentido común de las palabras y no en la matemática.

102. Tenemos un buen ejemplo de borrosidad en la seguridad del tráfico viario: la conducción a 80 km/h en tramo urbano es una conducta con un alto grado de lesividad. El Legislador tiene que decidir, primeramente, si va a utilizar el drástico medio del *ius puniendi* estatal o no; una vez haya decidido que la conducta es merecedora de una sanción, tiene que optar por un subsistema punitivo: penal, administrativo sancionador, etc. La decisión vendría dada por las siguientes variables que condicionan de forma relevante –pero no completa– la solución:²⁷⁰

0 = infracción paradigmática del Derecho administrativo sancionador

0.25 = infracción más administrativa que penal

0.50 = infracción que podría ser tanto administrativa como penal

0.75 = infracción más bien penal

²⁶⁸ Se puede graduar la velocidad, la temperatura, la altitud, las ventas, los precios, la igualdad, la libertad –incluso la verdad-. Cfr. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, 4ª ed., Buenos Aires, 1977, pp. 48-49: “El jurista no debiera tratar de engañarse a sí mismo o engañar a los demás pasando por alto que hay diferentes grados de certeza”.

²⁶⁹ Cfr. BASTIDA FREJEDO, “La soberanía borrosa”, p. 385: “Si se analiza el funcionamiento de un sistema jurídico se puede comprobar que se guía por esta lógica y cualquiera que estudie el proceso de creación-aplicación del derecho y abstracción-concreción de normas, percibirá los ‘pedazos de sentido común jurídico’ que se insertan o se desean insertar en cada operación de ese proceso para que el sistema la reconozca en una medida suficiente como para no rechazarla. Se trata de un sentido ‘común’ en la medida en que participa de lo que ‘en común’ ponen dos conjuntos borrosos que se relacionan. La observación es más evidente en la jurisprudencia. La necesidad de motivar las sentencias obliga a reducir la borrosidad a base de elaborar muchas reglas borrosas, muchos pedazos de ese sentido común, de manera que cuantas más haya y se activen, el resultado (promedio ponderado borroso) será más preciso, más ajustado”.

²⁷⁰ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 250. El autor advierte que la cantidad y descripción de variables en el ejemplo son completamente arbitrarias y sirven al propósito de aclarar cómo se plantearía un problema desde este enfoque. Si para este mismo problema intentáramos aplicar la lógica digital de la racionalidad ética no obtendríamos respuesta en ninguna de sus posibles formulaciones, es decir, el problema sería verdaderamente irresoluble: a) desde el punto de vista del derecho penal: 0 = la conducción a 80 km/h en tramo urbano es derecho penal; 1 = la conducción a 80 km/h en tramo urbano no es penal; b) desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador: 0 = la conducción a 80 km/h en tramo urbano es derecho administrativo sancionador; 1 = la conducción a 80 km/h en tramo urbano no es derecho administrativo sancionador.

1 = infracción paradigmática del Derecho penal

103. Al aplicar la racionalidad teleológica hay que preguntarse: ¿Qué fines u objetivos queremos cumplir? ¿Cuál es el grado de protección necesario o ideal para alcanzarlos? ¿Qué tipos de sanciones y a quiénes se deben aplicar para alcanzar la finalidad de protección del bien jurídico?

B.3) El nivel de racionalidad pragmática

104. El siguiente nivel es el de racionalidad pragmática, donde lo importante es la eficacia del sistema jurídico.²⁷¹ La racionalidad pragmática “tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa”.²⁷² En este nivel las cuestiones clave son: ¿Cuál es el ordenamiento jurídico más eficaz para la protección del bien jurídico? ¿Cuál es la relación coste-beneficio de dicha protección?

Propone *Rando Casermeiro* que el Legislador siga la siguiente secuencia: “1. Ponderación de las posibilidades de control punitivo. ¿Es mejor utilizar sanciones punitivas estatales o el problema se resuelve mejor dejando su solución a la libre interacción ciudadana, a los controles sociales no jurídicos, a la coacción administrativa directa o indirecta, o a las vías de reparación o compensación de carácter civil? 2. En caso de decidir el empleo de la violencia punitiva, ¿cuánta violencia ejerceremos? ¿Bastará una sanción que afecte al patrimonio del infractor o le prive de algún derecho o licencia? ¿Será necesario acudir a la expeditiva vía de privarle de libertad? Piénsese que la cuestión del nivel e intensidad de violencia punitiva la formulo antes de determinar el subsistema de control punitivo que debe intervenir, lo que rompe el proceder secuencial establecido habitualmente entre nivel externo e interno del principio de subsidiariedad en Derecho penal. 3. Finalmente, es el momento de reflexionar sobre las posibilidades del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador. Si no queda más remedio que acudir a la pena de prisión, son los límites constitucionales del art. 25.3 de nuestro texto fundamental los que resuelven la cuestión, debiendo acudir forzosamente al Derecho penal en la medida en que la administración no puede imponer, ni directa ni subsidiariamente, penas privativas de libertad. En todos los demás casos, que serán la inmensa mayoría, la cuestión continúa plenamente abierta, y habrá que

²⁷¹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 371: “Una ley será efectiva básicamente cuando se cumple o bien se hace cumplir, en tanto además será eficaz si con dicho cumplimiento se logran los objetivos perseguidos”.

²⁷² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, p. 95.

decidir conforme a un balance coste-beneficio si se opta por una u otra rama del ordenamiento punitivo. A tal efecto habrá que ponderar los objetivos de tutela perseguidos, los niveles de garantías necesarios, la aflictividad de la sanción, la eficacia y efectividad de cada técnica sancionatoria, etcétera”.²⁷³

105. El instrumento que utilizaremos a nivel pragmático es el del análisis coste-beneficio (ACB), a través de una ponderación de intereses, sin traducir dichas variables en términos financieros, tarea que queda pendiente de concretización, pues desborda de los fines de esta investigación.

B.4) Los niveles de racionalidad jurídico-formal y lingüística

106. Los dos próximos niveles –de la racionalidad jurídico-formal y lingüística– no se utilizan propiamente en el debate político-criminal, sino después de él. Se trata de verificar si la inserción de la norma se da de forma coherente en el sistema jurídico y con precisión lingüística. Por consiguiente, estas dos racionalidades se utilizarán en los próximos apartados que tratan de la proporcionalidad en sentido estricto –racionalidad jurídico-formal– y de la redacción del tipo penal de carteles –racionalidad lingüística–.

107. En el nivel jurídico-formal, el sistema jurídico se entiende como un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas; es preciso evitar lagunas, contradicciones o redundancias en el sistema jurídico del Derecho penal. A este nivel, una ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico (por ejemplo, una ley que genera problemas en el ordenamiento ya establecido a través de derogaciones y remisiones). Incrementar la racionalidad de la actividad legislativa en este nivel significa mejorar lo que usualmente se llama técnica jurídica. La pregunta a este nivel es si la inserción de un tipo penal de carteles de núcleo duro en el Código penal colma lagunas, si es proporcional y si se inserta en el sistema sin generar incoherencias.

108. Lo que se persigue en el nivel de la racionalidad lingüística es la correcta transmisión del contenido de la norma a sus destinatarios. El sistema jurídico es

²⁷³ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 381-383: “Vistas así las cosas, y confrontadas con la habitual división entre nivel externo e interno del principio de subsidiariedad, no cabe duda de que en mi propuesta la elección del subsistema de control punitivo pertenecería más a un nivel interno que a uno externo”.

visto básicamente como un sistema de información, estructurado en una serie de enunciados lingüísticos organizados a partir de un código común al emisor y al receptor, un lenguaje, y de los canales que aseguran la transmisión de los mensajes, las leyes. El fin de esta racionalidad es sencillamente la comunicación fluida de mensajes normativos y el valor que subyace a dicho fin es un valor de tipo instrumental, una vez que la claridad comunicativa vale en función de valores que habrá que encontrar previamente en otros niveles de racionalidad. En este nivel cabe decir que una ley es irracional si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación, por contener defectos sintácticos u oscuridades semánticas, por no haber funcionado correctamente los medios de comunicación que transmiten el mensaje, por ausencia de un nivel de comprensión adecuado de los destinatarios, etc. El destinatario de la información puede ser otro que el destinatario formal de la norma; por ejemplo, una ley puede no ser clara para quien tiene que cumplir los mandatos que la misma contiene, sin que ello signifique que la misma sea defectuosa lingüísticamente (bastaría, por ejemplo, que una ley tributaria resultase clara para los asesores fiscales, inspectores de Hacienda, etc.). Este nivel de racionalidad es muy importante a la hora de redactar los tipos penales.

109. Importa subrayar que las racionalidades pueden mantener relaciones de compatibilidad, incompatibilidad o dependencia. Puede que sea teleológica o pragmáticamente racional el uso de la ley penal para una clase de conductas, pero que al mismo tiempo no exista un consenso ético sobre la lesividad de la conducta; o puede que una ley sea altamente racional desde el punto de vista lingüístico, pero no desde el jurídico-formal o pragmático. Sin embargo, las leyes cuando son racionales en sentido jurídico-formal y teleológico o pragmático, tienen que serlo también lingüísticamente; es decir, las racionalidades anteriores dependen de la racionalidad lingüística.

110. Las combinaciones entre las racionalidades permiten llegar a una enorme complejidad derivada de la gran variedad de posibilidades lógicas. Esto no es un inconveniente, sino todo lo contrario, pues de esa forma se puede articular saberes tan heterogéneos y sacarles provecho para hacer frente al problema político-criminal “con cierta dignidad”, más que intentar superarlo.²⁷⁴ A

²⁷⁴ Cfr. ATIENZA, *Contribución*, pp. 56-57, donde señala: “¿Y disponemos realmente de alguna teoría que proporcione una explicación aceptable del Derecho contemporáneo sin llevar a cabo una excesiva simplificación de esa realidad tan compleja?”

continuación, aplicaremos dichos niveles de racionalidad al análisis político-criminal de los carteles de núcleo duro.

II. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO: MERECIMIENTO Y NECESIDAD

II.1 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y LA RACIONALIDAD ÉTICA

A) Merecimiento de pena, intervención mínima y reprobación ético-social de las conductas de carteles de núcleo duro

111. El principio de intervención mínima comporta un razonamiento ético-social en la medida en que se debe limitar el Derecho penal a los ataques más graves a los bienes jurídicos más valiosos para la sociedad, elegidos a partir de un consenso social. Dicho de otra forma, al Derecho Penal deben reservarse los contenidos que sean parte de un consenso social básico -los ataques a las bases más arraigadas de la convivencia social-.²⁷⁵ Aunque cuando se refiera a bienes jurídicos relevantes y que cuenten con el consenso ético-social de reproche a la conducta de que hemos hablado—piénsese, por ejemplo, en la protección de la vida-, hay importantes matizaciones a la hora de concretar donde entra el

²⁷⁵ Cfr. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, *DOXA*, núm. 13, 1993, pp. 161-178; PAREDES CASTAÑÓN, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, *RDPC*, 2ª época, núm. 11, 2003, pp. 107-108, donde señala que “en efecto, frente a las concepciones acerca de lo que debe o no proteger el Ordenamiento jurídico de corte positivista (se debe proteger lo que el Legislador —o el constituyente— voluntaristamente establezca, sea lo que sea) o funcionalista (se debe proteger aquello que resulta funcional para la estabilidad del sistema social), pienso que no es conveniente ni satisfactorio renunciar al momento de la justificación ética de las normas. Justificación que, en el caso de las normas jurídicas, remite en definitiva a una teoría de la justicia. Así, en el caso que nos ocupa, no basta con constatar —aunque tal información resulte imprescindible— que los fenómenos descritos más arriba generan disfuncionalidades en el funcionamiento del sistema económico, ni que son interpretados como irregularidades desde el punto de vista de las convicciones morales dominantes en los operadores de dicho sistema. Pues una decisión basada únicamente en tales datos estaría presuponiendo una prioridad valorativa absoluta —en el plano axiológico— y una autonomía funcional —en el plano descriptivo— del sistema económico que están lejos de resultar admisibles. Por ello, es preciso dar un paso más para establecer una justificación ética racionalmente aceptable para la intervención jurídica: se trata de determinar si, desde una perspectiva global, de la ética social aceptada por la sociedad, se justifica moralmente la protección de tales objetos. Y, claro está, no solo si se justifica, sino también hasta qué punto”.

Derecho penal, como se puede verificar de las discusiones en torno a la criminalización del aborto o las cuestiones sobre la eutanasia, etc.

112. La lógica que subyace a la racionalidad ética es la *binaria* que permite decisiones de *sí o no*, que no admite matices, son afirmativas o negativas. Lo que se plantea es si hay un reproche ético-social de las conductas de carteles de núcleo duro y si hay un consenso social sobre su criminalización. La *racionalidad ética* es un importante divisor de aguas; sin embargo en temas donde hay dudas o conflictos hay que complementarla con las demás racionalidades, como veremos más adelante.

113. La Constitución, en su artículo 37, adopta el sistema de *libre competencia* como principio rector del sistema de economía de mercado, en el cual los agentes económicos acceden libremente y los precios se fijan en función de la oferta y demanda. Conforme a dicho sistema, las conductas atentatorias de la libre competencia son susceptibles de sanción por tres vías: civil, administrativa y penal. Sin embargo, no hay un mandato expreso de criminalización de las conductas atentatorias de la libre competencia, lo que deja abierta la utilización legislativa del Derecho penal. Así pues, la Constitución –un buen termómetro de la racionalidad ética, pues plasma la voluntad soberana-, no resuelve la cuestión de la criminalización de los carteles, ya que abre la posibilidad de utilización de las tres vías.

114. Por su parte, la cuestión del reproche ético-social se puede observar desde otro frente, pues la gravedad y lesividad de la conducta nos remiten a la protección de un *bien jurídico*. La función esencial del Derecho Penal -con independencia de eventuales crisis señaladas por la doctrina-, es la protección de bienes jurídicos;²⁷⁶ el objeto o interés jurídico protegido es lo que “orienta – en mayor o menor grado, en cualquier caso de forma decisiva- la configuración de las figuras que se establecen para reducir los niveles de riesgo que le acechan”.²⁷⁷ Por consiguiente, hay que abrir un paréntesis y señalar que para la

²⁷⁶ Cfr. más ampliamente HEFENDEHL (ed.), *La Teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed. española a cargo de RAFAEL ALCÁCER, MARÍA MARTÍN e ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA, presentación de ENRIQUE GIMBERNAT, Madrid, 2007; y la recensión hecha por FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico*, InDret, Barcelona, 2/2008, p. 5. Cfr. también VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. Alemana)/ROBLES PLANAS (ed. Española), *Límites al Derecho penal*.

²⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 2012, pp. 155-156; SÁNCHEZ LÁZARO, *Política Criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada, 2007, pp. 36/37. Cfr. también SEELMAN, “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el

doctrina mayoritaria la competencia es un bien jurídico digno de protección penal, lo que nos conduciría al reconocimiento del reproche ético-social de los carteles de núcleo duro.²⁷⁸

115. El punto de partida es que la intervención del Derecho penal debe ocurrir a partir “del límite en que la destreza para los negocios deja de ser ‘justa’ y empieza la que es ‘injusta’ por excesiva; es decir, aquella ‘destreza’ comercial que perjudica a otros y, en conjunto, reporta a la sociedad más daños que beneficios.”²⁷⁹ Si hay una colusión entre empresas para la alza de precios, los agentes económicos que participan en ella desafían, en términos ideológicos, el sistema de libre comercio, ya que conocen la injusticia ínsita en la conducta y atentan contra la competencia.²⁸⁰ Lo que se espera es que exista competencia

modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, en HEFENDEHL (ed.), *La Teoría del bien jurídico*, p. 373, donde el autor indaga: “¿Cabe hallar razones más allá del Derecho positivo para decidir qué conductas deben castigarse y cuáles no?”.

²⁷⁸ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, p. 476 y 479: “la labor del Derecho debe ser la de garantizar la existencia de un mínimo económico competitivo que facilite al máximo los beneficios inherentes a la competencia. Ese mínimo se garantiza exigiendo un comportamiento leal y tratando de erradicar los comportamientos que de hecho restringen la libertad de los competidores (convenios o conciertos monopolísticos) y los comportamientos deshonestos en la lucha por la clientela”. Cfr. también PAREDES CASTAÑÓN, “Los delitos de peligro como técnica”, p. 121, donde señala que “en definitiva, lo que es objetivamente más importante para dicho funcionamiento es también lo que más perturba cuando no se respecta”, refiriéndose al funcionamiento del sistema económico. Véase, también, la STS, de 26 de octubre de 1988, Sala Segunda, de lo Penal, ponente José Hermenegildo Moyna Ménguez (RJ\1988\8397 y LA LEY 55683-JF/0000). Véase los apartados I.2.b) y I.2.c), de la Primera Parte.

²⁷⁹ Cfr. LAMPE, “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código penal español de 1983”, en BARBERO SANTOS, *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, p. 366. Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 22, donde señala la necesidad de un *mínimo ético económico* para la convivencia social.

²⁸⁰ Cfr. JAN SPRAFKE, *Korruption, Strafrecht und Compliance*, Berlin, 2010, p. 19, citado por BACIGALUPO, *Compliance y Derecho penal*, Cizur Menor, 2011, p. 228, donde pone de relieve que “la legitimidad de la protección de la competencia es deducida de las funciones económicas y político-sociales de la misma, concebida ‘como medio para garantizar la libertad, el bienestar y la justicia en una economía de mercado’”. Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 37: “La economía de mercado significa libertad de la economía y del sujeto económico respecto a la coacción estatal. Si bien es acertado decir que la competencia, capaz de funcionar de acuerdo con sus propias reglas, elimina y neutraliza la concentración de poder económico, surge entonces con claridad que, en este ámbito, corresponde primariamente al Derecho penal la función de garantizar la competencia y la lucha contra el *abuso de poder*”. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 476 y 479: “la labor del Derecho debe ser la de garantizar la existencia de un mínimo económico competitivo que facilite al máximo los beneficios inherentes a la competencia. Ese mínimo se garantiza exigiendo un comportamiento leal y tratando de erradicar los comportamientos que de hecho restringen la libertad de los competidores (convenios o conciertos monopolísticos) y los comportamientos deshonestos en la

entre los competidores, que el intercambio se produzca de manera voluntaria y que se respeten las reglas del juego (*fair play*).²⁸¹ Los agentes económicos que intervienen en el mercado confían en que las transacciones de bienes y servicios se llevarán a cabo de manera justa y de acuerdo con las reglas de la oferta y la demanda.²⁸² La formación de un cartel supone la negación de todo ello.

“Al ponerse de acuerdo sobre precios, cantidades y mercados, los miembros del cartel crean reglas ocultas conocidas solo por ellos, y que imponen a los demás. La presencia de dichas actividades socava la confianza en la justicia del mercado, cuestiona su credibilidad e integridad. La conducta de los integrantes del cartel supone un ataque directo a la competencia, que es el principio rector del modelo de organización económica de nuestra sociedad, y representa la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa”.²⁸³

Se reconoce, por consiguiente, un *derecho/deber* de competir, además de la *lealtad* con los demás competidores según las reglas del juego. En los países donde se han criminalizado de forma más amplia las conductas colusorias, las sanciones penales recaen únicamente sobre los *carteles de núcleo duro* considerados como los comportamientos que lesionan más gravemente a la competencia. En España, la primera dificultad con que uno se enfrenta es, precisamente, aclarar cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal que más se acerca a las conductas de los carteles de núcleo duro: el delito de alteración de los precios del artículo 284.1, CP. Ya en su antecedente histórico -el delito de maquinaciones para alterar los precios de las cosas- se podrían encontrar en la doctrina más de diez bienes jurídicos distintos.²⁸⁴ Lo cierto es que tras la

lucha por la clientela”. Véase la STS, de 26 de octubre de 1988, Sala Segunda, de lo Penal, ponente José Hermenegildo Moyna Ménguez. Véase los Apartados I.2.B) y I.2.C), de la Primera Parte.

²⁸¹ Cfr. ROBLES MORCHÓN, *La justicia en los juegos: dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*, Madrid, 2009, pp. 28-35, donde el autor hace un análisis sobre la aceptación libre las reglas, la lealtad a las mismas y sobre el juego limpio y sucio.

²⁸² Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 477: “Unas veces se trata de proteger al empresario competidor tutelando la capacidad competitiva de la empresa que resulta del secreto, la patente, etc. Otras veces la norma perseguirá la protección de la libre formación de los precios o el respeto a los precios fijados administrativamente, con lo que es indudable que el motivo de la creación de la infracción se cifra en la defensa de los intereses del consumidor. En todo caso se trata de conseguir un mínimo de libertad de competencia que ‘implica la igualdad jurídica de los competidores y en consecuencia su finalidad es, también, la de asegurar el triunfo del más digno económicamente a través de una competición que se considera el criterio más idóneo para elegir al más adecuado’”.

²⁸³ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 90.

²⁸⁴ Como, por ejemplo, el patrimonio personal de los ciudadanos, el orden económico, el interés económico general de la sociedad, el libre juego de los tráficos económicos, la libertad de contratación, salvaguardar particulares directrices de la política económica, la libre competencia, la economía de

reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se viene afirmando que se trata de la *competencia en el mercado*²⁸⁵ –en los mercados: económico y financiero-.²⁸⁶

116. Se podría argumentar que ya es suficiente para mantener un cierto nivel de competencia en el mercado que uno de los competidores no participe en el acuerdo colusorio; sin embargo, en la práctica, resulta extremadamente difícil que ocurra esta hipótesis. Además, las empresas que no forman parte del cartel suelen ser consideradas víctimas del delito; es el caso, por ejemplo, de la formación de un cartel para bajar los precios y eliminar la competencia de un único competidor que se niega a tomar parte en el acuerdo colusorio; por este motivo, incluso cuando solamente algunas empresas se involucran en el cartel

mercado, la política económica de precios, la política de precios en un sistema económico de libertad de mercado y de libre concurrencia, la libertad de los precios y la evolución del mercado dentro de sus propias circunstancias, la regularidad de los precios, la formación de los precios de las cosas, las condiciones básicas de la regular marcha del mercado sin las cuales se comprometería la normal capacidad de intervención de los otros operadores, el interés público al respeto del principio de solidaridad en el mundo de la producción y del comercio la libre concurrencia y el intervencionismo estatal en cuanto que constituyen los mecanismos para la fijación de precios en la economía, etc.

²⁸⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2011, p. 406; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, pp. 574 y 598. También, BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, p. 64; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, “ARTS. 278-289”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 627; SUÁREZ GONZÁLEZ, “Aspectos político-criminales de los delitos socio-económicos en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, p. 214. Cfr. también ESTRADA I CUADRAS, “Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)”, *InDret*, Barcelona, 1/2014, pp. 6-7, donde el autor identifica un bien jurídico de carácter supraindividual, colectivo: el mercado, pero añadiendo que cabe exigir que la conducta de manipulación sea, en todo caso, idónea para alterar el precio de un producto, servicio o instrumento financiero en el mercado *relevante*, variante que nos parece más importante en los supuestos de abuso de posición dominante (Véase la nota a pie de página número 20).

²⁸⁶ En contra, ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Los delitos bursátiles*, Madrid, 2011, pp. 215-216, que sostiene que el tipo penal del art. 284 es un delito bursátil, afirmando que la práctica totalidad de los escándalos financieros (Ibercorp, Banesto, KIO, entre otros) que tuvieron repercusiones penales en la década de los noventa en España fueron investigados e incluso fueron acusados por el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. A nuestro modo de ver, se trata de un delito contra la competencia en un sentido más amplio, la competencia en el mercado, sea el mercado financiero, sea el mercado económico; y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal: Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, 2010, p. 518, para quien el bien jurídico protegido “es la *política económica de precios*, entendida como un poder ordenador que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes (libre concurrencia, importancia de determinados artículos, etc.)”. Hay que advertir que a veces se mezclan conceptos distintos como, por ejemplo, en la STS, de 21 de octubre de 1988, Sala Segunda, de lo Penal, ponente Enrique Ruiz Vadillo (LA LEY 55649-JF/0000), donde se utiliza *libre competencia* y *competencia perfecta* como sinónimos.

ya se verifica una lesión o peligro de lesión al bien jurídico competencia. También el Estado y los consumidores son potenciales víctimas del acuerdo colusorio: piénsese en las licitaciones colusorias²⁸⁷ que comportan un perjuicio para las compras del Estado y un incremento del gasto público, mientras que en un mercado en el que operan carteles los consumidores perciben perjuicios económicos derivados del sobreprecio de los servicios y mercancías.

B) Función simbólico-pedagógica del Derecho penal

117. Los aspectos comentados hasta aquí dan cuenta de la existencia de un reproche ético-social de las conductas colusorias -que podrían equipararse a delitos patrimoniales o estafas-, y afectan de forma grave al bien jurídico competencia. Sin embargo, no hay un *consenso social* respecto de la necesidad de criminalizar dichas conductas,²⁸⁸ lo que no deja de ser paradigmático, pues otras conductas de menor gravedad y lesividad, tales como la publicidad

²⁸⁷ Cfr. NACIONES UNIDAS-UNCTAD, GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS EN DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, TD/B/C.I/CLP/17, 30 de abril de 2012: “Por licitación colusoria se entiende el mecanismo que utilizan los competidores que participan en una trama para hacer subir los precios en caso de que los contratos se adjudiquen a las empresas por medio de la convocatoria de una licitación. Básicamente la situación consiste en que los competidores se ponen de acuerdo con anterioridad a la licitación sobre quién va a ganarla y a qué precio, contradiciendo así la finalidad misma de la convocatoria de la licitación, que no es otra que la adquisición de bienes o servicios a los precios y en las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas. Los competidores pueden ponerse de acuerdo para adjudicarse las licitaciones por turno, práctica denominada rotación de ofertas. Algunos competidores pueden comprometerse a presentar ofertas inaceptables para ocultar la maquinación para alterar las ofertas. En otros casos, los competidores pueden ponerse simplemente de acuerdo en abstenerse de participar en una licitación o en retirar una oferta ya presentada. Además de la presentación o no presentación de la oferta, la maquinación para alterar las ofertas debe tener también alguna forma de compensar a los perdedores aparentes. Estos convenios pueden implicar también la subcontratación de partes del contrato principal con los licitantes perdedores, como compensación, o hacer pagos a los demás miembros del cartel. Casi todos los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales debido a sus aspectos fraudulentos y, en particular, a los perjuicios para las compras del Estado y el gasto público”.

²⁸⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 84: “durante décadas la mayoría de los países han optado por no sancionar penalmente el comportamiento de la formación de cárteles. Quizás el motivo fundamental resida en la *falta de una conciencia social* sobre la nocividad de estas conductas. Aunque se reconozca su daño económico, la naturaleza indirecta del perjuicio causado a los miembros individuales de la sociedad no provoca la misma respuesta emocional y el reproche que recae sobre los delitos patrimoniales tradicionales que inciden directamente sobre los individuos (como el robo, por ejemplo), subrayando que “la formación de un acuerdo anticompetitivo que haya supuesto un perjuicio a los consumidores individuales de 50 euros, no genera la inmediata sensación de lesión que se siente si se hubieran arrebatado los 50 euros directamente de la cartera del consumidor”.

engañosas, están previstas, en general, como delito en países del entorno continental europeo.

118. Nos parece que los delitos socio-económicos que no afectan a víctimas concretas sino a intereses colectivos, reflejan una cierta indiferencia o insensibilidad social sobre la necesidad de su criminalización. Además, hay una fuerte tendencia a rechazar el denominado Derecho penal moderno o Derecho penal del riesgo, buscando limitar el Derecho penal a su núcleo duro, tal y como se observa, por ejemplo, desde un importante sector de la doctrina como es la Escuela de Frankfurt. Algunos autores entienden que la esfera de protección de estos nuevos ámbitos debería remitirse a un Derecho de intervención o bien a un Derecho penal de segunda velocidad; en los dos casos sin prescribir la pena de prisión, con la diferencia de que la segunda opción sigue siendo Derecho penal, mientras la primera no.²⁸⁹

119. Sin embargo, no debemos descartar la posibilidad de que las corrientes restrictivas como la de la Escuela de Frankfurt estén actuando de forma irracional al excluir la criminalización de los delitos socio-económicos. Puede que los delitos contra la competencia estén ubicados en una categoría que no goce de la misma *estabilidad valorativa* que los delitos que integran el núcleo duro del Derecho penal. Lo cierto es que, como intuye *Rando Casermeiro*, “es muy probable que una verdadera investigación sociológica, evaluadora de la jerarquización de bienes jurídicos que la sociedad asume como mayoritariamente, y que seguramente será susceptible de cambios al compás de las nuevas circunstancias socioeconómicas o sociopolíticas, pueda darnos alguna sorpresa”.²⁹⁰ De momento, ante la falta de datos que avalen dicha afirmación hay que poner de relieve que se trata de una pura intuición.

120. La menor estabilidad valorativa de la protección penal de la competencia derivaría de diversos factores, algunos de ellos comunes a los carteles de núcleo duro: la ambigüedad histórica con que fueron tratados en el contexto europeo, las multas millonarias que dan la falsa sensación de protección pero que son ínfimas si se comparan con los beneficios generados, la dificultad de precisar el bien jurídico protegido, la escasa divulgación en los medios de la denominada cifra dorada de la delincuencia, la técnica legislativa empleada en la tipificación penal, etc.

²⁸⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, pp. 127-164.

²⁹⁰ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 230.

121. Por otro lado, es posible sostener que la criminalización de los carteles ejercería una función simbólico-pedagógica importante, capaz de arrojar luz sobre muchos aspectos que la ciudadanía desconoce. Además, se le asigna al Derecho penal “el papel de significar ante la ciudadanía el valor del bien que tutela y se le atribuye a la norma una función primaria de carácter pedagógico, particularmente importante en los casos en los que no existe un amplio consenso social sobre la reprochabilidad de la conducta prohibida. Son supuestos en los que el Legislador no castiga lo que la sociedad rechaza, sino que sanciona para que los ciudadanos se enteren de la necesidad del reproche. Con ello se reconoce a la criminalización una función simbólico-pedagógica respecto al objeto del delito que, en el fondo, es correlativa al tradicional carácter estigmatizador de la justicia penal para el sujeto activo del hecho punible”.²⁹¹ Aunque sea indiscutible que no cumple al Derecho penal la tarea de crear valores, el tema no es nada despreciable con relación a los carteles de núcleo duro por los motivos ya indicados.

122. Con relación al tema de la estabilidad valorativa del bien jurídico competencia hay que subrayar que la tensión entre los discursos expansionistas y minimalistas penales están lejos de zanjar la cuestión. Coincidimos con *Martínez-Buján Pérez* en que “en términos generales los delitos socioeconómicos que revistan mayor gravedad deberían integrarse en el Derecho penal (ubicados sistemáticamente bien en el propio CP, bien en leyes especiales), ser castigados con penas privativas de libertad, al menos de modo alternativo, y quedar sometidos a las reglas y principios tradicionales de la imputación penal”. Las conductas de carteles que no integrarían el núcleo duro del Derecho penal dejan antever que no cuentan con un consenso social sobre la necesidad de criminalización; sin embargo, el criterio racional ético no nos parece suficiente para cerrar el debate.

²⁹¹ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 82. Sobre la función promocional del Derecho, de forma crítica, cfr. BOBBIO, “La función promocional del Derecho”, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Madrid, 1990, p. 379. En los estrechos ámbitos de este trabajo no es posible profundizar en la cuestión de la legitimidad de esa función promocional del Derecho penal, sino dejar constancia de que se trata de una tendencia en el ámbito de los carteles de núcleo duro cuyas causas se podrían identificar como la poca o la incompleta información de los medios con relación al tema.

C) La insuficiencia de la lógica binaria

123. Como hemos visto, no se puede afirmar que entre los valores sociales más arraigados en la comunidad esté la protección de la competencia y evitar las colusiones empresariales. La lógica adoptada es la binaria, de sí o no. Por eso, lo racionalmente correcto es concluir que los delitos contra la competencia no formaran parte del denominado núcleo duro del Derecho penal, pues no alcanzan la estabilidad valorativa de los delitos que lo integran. Por lo tanto, no está presente el criterio de necesidad de acuerdo a los postulados de la racionalidad ética, con lo que concluimos que no se debe acudir al Derecho penal.

124. Llegados a este punto, hay que subrayar que, de otro lado, no existe un óbice ético-social a la criminalización. Todo lo contrario: pese a no integrar el núcleo duro del Derecho penal, las colusiones secretas podrían encontrar techo bajo un Derecho penal moderno, como expresión de un nuevo ámbito de criminalidad. Sin embargo, para profundizar en la posibilidad de la eventual necesidad político-criminal de criminalización en ámbitos donde el consenso social aún no se formó, o no es evidente, habría que adoptar una lógica más difusa y borrosa, que permita matizaciones, como vamos a ver a continuación.

II.2 ULTIMA RATIO Y FINALIDAD DE PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

125. En algunas ocasiones, condicionar la criminalización tan solo a la existencia de un consenso social no permite tener en cuenta importantes demandas sociales basadas en la necesidad de protección de otros bienes jurídicos. Teleológicamente, puede que sea más indicada la criminalización, incluso cuando no exista el consenso ético-social del que hablamos más arriba. Se trata de buscar argumentos racionalmente adecuados a la finalidad de protección de un bien jurídico. De esta forma, se abandona la lógica binaria del sí o no, cero o uno, entrando en otro campo: el de la lógica borrosa de los subconjuntos matemáticos. Se trata de operar de manera analógica, lo que permite una gradación en términos matemáticos. Por otro lado, no se trata del análisis económico de coste-beneficio –típico de la racionalidad pragmática y que se estudiará más adelante-, sino concretar finalidades de protección a través

de la norma, que puede ubicarse en un sector cualquiera del ordenamiento jurídico, administrativo-sancionador, mercantil, civil o penal. Por ese motivo, resulta inevitable una comparación entre los diversos sectores para que salgan a la luz las ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Sin embargo, limitaremos el ámbito del trabajo a los dos subconjuntos más utilizados: el del Derecho administrativo sancionador y el del Derecho penal. Las preguntas que nos planteamos son: ¿Cuál es el grado ideal de protección del bien jurídico competencia? ¿Qué sector del ordenamiento debe emplearse para alcanzar dicho grado de protección? ¿Qué tipos de sanciones se deben aplicar y a que título, individual (personas) o colectivo (empresas)? ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de cada subconjunto?

A) Prevención técnica *versus* Derecho penal

126. El debate acerca de la criminalización de las infracciones socio-económicas fue objeto de atención especial a mediados de los años 90 por parte de la doctrina alemana. *Hassemer* abogaba por una prevención técnica, una prevención que *no pide ni amenaza*, sino que simplemente actúa, que sustituye la prevención del Derecho penal por ineficiente, puesto que “una prevención técnica que funciona convierte al medio más severo del Derecho penal en algo superfluo”;²⁹² por otro lado, *Tiedemann* consideraba que en ciertos casos el principio constitucional de proporcionalidad virtualmente *ordena* la criminalización y que “es posible que la protección de bienes jurídicos mediante controles preventivos implique limitaciones tan intensas de libertad, también para los ciudadanos fieles al Derecho, que la criminalización de ciertas conductas representa una medida que, en su conjunto, es menos incisiva”.²⁹³

²⁹² Cfr. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999, p. 67: “En mi opinión la solución está en eliminar una parte de la modernidad del actual derecho penal, llevando a cabo una doble tarea: por un lado, reduciendo el verdadero derecho penal a lo que se denomina ‘derecho penal básico’ (a), y, por otro, potenciando la creación de un ‘derecho de intervención’ (b) que permita tratar adecuadamente los problemas que solo de manera forzada se pueden tratar dentro del derecho penal clásico. Cfr. también HEFENDEHL, “Churras y merinas o más de los mismo: la prevención técnica y el Derecho penal”, VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (ed. Alemana)/ROBLES PLANAS (ed. Española), *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, p. 102.

²⁹³ Cfr. ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, p. 135. Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 380: “A ello se añade la constatación de que el derecho administrativo sancionador no siempre constituye una alternativa menos dañosa que el derecho penal, pues a veces es, o puede o debe ser, más dañoso que él. Creo, por tanto, que se incurre en una indebida aplicación del principio de subsidiariedad cuando se incluye al derecho administrativo sancionador como instancia menos dañosa junto a otras instancias no punitivas”. Y también cfr. HEFENDEHL,

127. Con respecto a esas dos posiciones enfrentadas de la doctrina alemana, *Hefendehl* sostiene que de lo que se trata es de *dar a cada uno lo suyo*, pues “queda rápidamente claro que en la relación entre Derecho penal y prevención técnica no estamos ante vasos comunicantes sino ante churras y merinas”. Cabe poner de relieve que la metáfora de los *vasos comunicantes* empleada por *Tiedemann* conlleva la idea de que entre los ordenamientos penal y administrativo sancionador se verifica un flujo en términos cuantitativos y/o cualitativos. Nos parece interesante detenernos un poco más en este punto para ver cuál es la lógica que subyace a la idea de *flujo* o *intercambio* de conductas entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.

127. Aunque la utilización de la metáfora de los vasos comunicantes no nos parece del todo correcta, tampoco tenemos claro que estemos delante de “churras y merinas” como propone *Hefendehl*. Es evidente que hay una *comunicación* entre los subsistemas Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. A nuestro juicio lo que mejor expresa la idea de comunicación es la lógica borrosa de los subconjuntos de las matemáticas, pues de la intersección entre los subconjuntos surgen zonas borrosas o grises, como veremos con más detalle a continuación. Desde luego, a través de la aplicación de la lógica de los subconjuntos borrosos es perfectamente posible que de forma simultánea los subconjuntos se expandan y compartan ámbitos comunes de interés y, al mismo tiempo, mantengan un ámbito propio –un núcleo duro- que no se comunica.

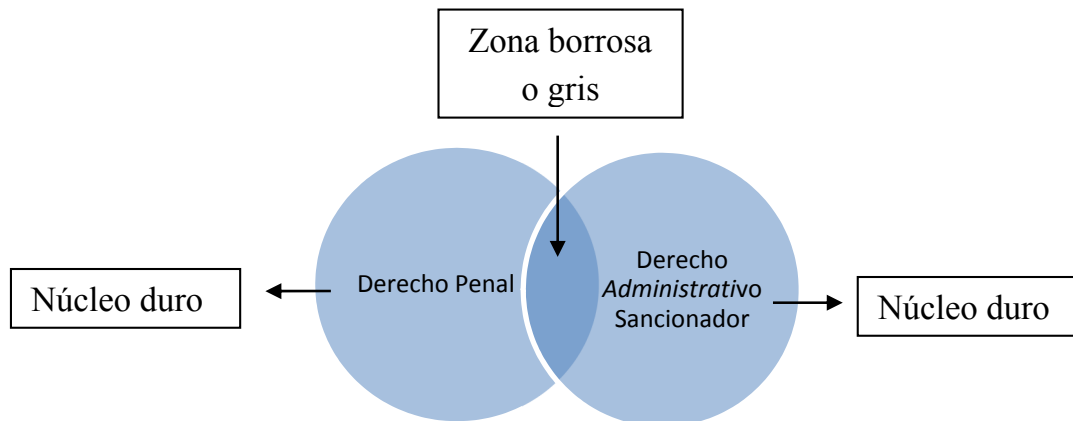
B) Los subconjuntos borrosos, sus intersecciones y el flujo de conductas entre ellos

128. La racionalidad teleológica no opera con la lógica dual de sí o no, 0 o 1, verdadero o falso; al revés, como ya hemos visto, se vale de la lógica analógica, que permite graduaciones. De forma muy esquemática, el *ius puniendi estatal* se divide en dos subconjuntos: el subconjunto del Derecho penal y el del Derecho administrativo sancionador. En cada uno de ellos hay una parte que

“Churras y merinas o más de los mismo”, p. 102: “Se menciona como ejemplo la estafa de inversión de capitales: sí, como alternativa a la regulación penal, entre en consideración solo el control amplio del mercado de inversión de capitales, control que abarca también a quienes llevan a cabo sus negocios sin perjuicio ni lesión de los intereses de otros, en comparación, el Derecho penal parece constituir la regulación más leve. Por medio del Derecho penal sería posible llevar a cabo intervenciones con una meta concreta y no limitar globalmente las actividades económicas”.

contiene las conductas poseedoras de las principales características legitimadoras -el núcleo duro- de cada subconjunto. De otra parte, hay conductas que no pertenecen directamente a uno u otro subconjunto, sino que integran un área común resultante de la intersección entre ellos, la denominada zona borrosa o gris, como se puede ver en el siguiente diagrama.

FIG. 9 - ZONA BORROSA O GRIS



<i>Derecho penal</i>	<i>Zona borrosa o gris</i>	<i>Der. Adm. Sanc.</i>
Homicidio Culposo (En la conducción de vehículos)	Conducción de vehículos bajo el efecto de alcohol	Aparcamiento irregular

129. *Hefendehl* se da cuenta de que la metáfora de los vasos comunicantes es poco convincente y propone la “separación de la paja del trigo” -distinguir entre *churras* y *merinas*-; sin embargo, no va más allá y no aclara los criterios para efectuar dicha separación, tampoco muestra las características diferenciadoras de cada uno de los subconjuntos de las *churras* y de las *merinas*. Lo cierto es que lo que define cada subconjunto son sus características *innatas* (podríamos decir, su ADN); así que, de lo que habla el autor, es de que cada subconjunto cobija conductas que encajan perfectamente en él y que son parte de su núcleo duro, lo que tiene validez tanto para el Derecho penal como para el Derecho administrativo sancionador.

130. Como hemos visto más arriba, en el núcleo duro los argumentos se resuelven a nivel de la racionalidad ética pues hay un consenso social sobre la necesidad de criminalización –sin la menor duda-. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando no identificamos si estamos delante de *churras* o *merinas*? ¿Qué hacemos con las conductas que no encajan a la perfección en los núcleos duros

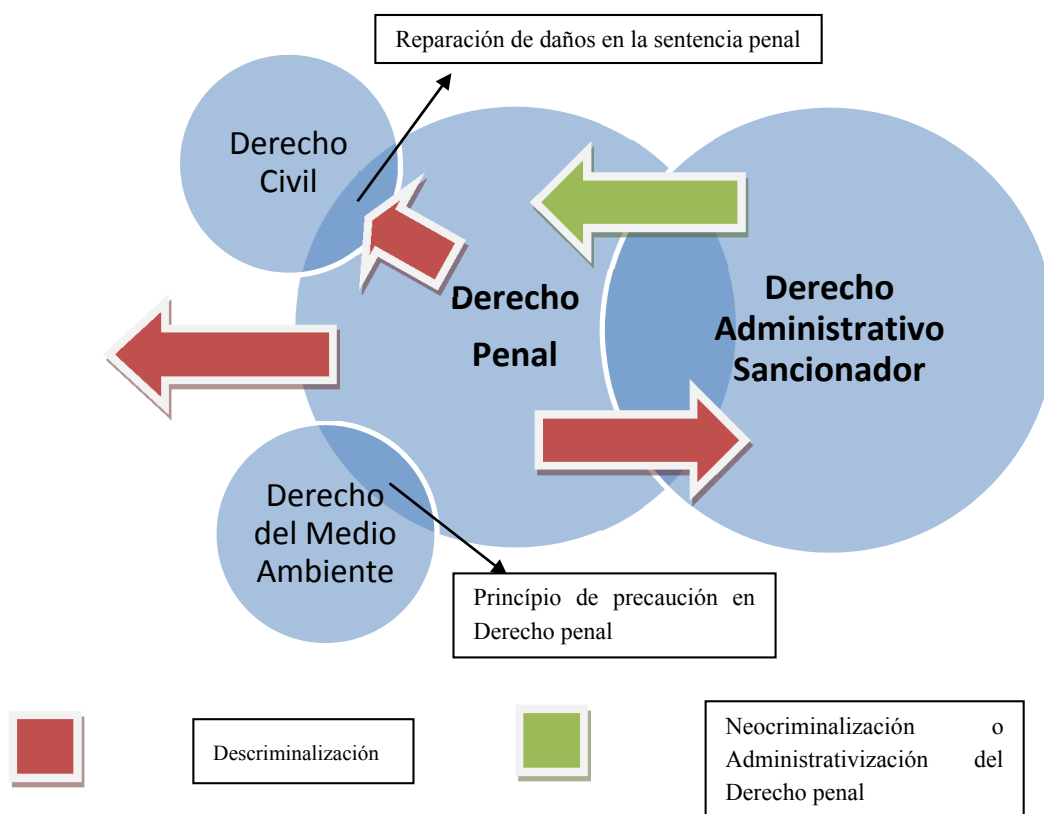
de cada subconjunto? ¿Qué criterio lógico debemos aplicar? Como hemos visto, en la zona borrosa hay que aplicar otro nivel de racionalidad que no es el ético, una vez que la lógica digital no es capaz de solucionar la cuestión sobre el subconjunto al que debe pertenecer la conducta. A partir de ahí, centraremos nuestra atención en la zona borrosa y los fenómenos que se observan en la actualidad.

C) Los fenómenos de expansión y aproximación de los subconjuntos

131. A principio, algunas conductas que salen de un subconjunto pueden, o no, entrar en otro; el flujo de conductas, por lo tanto, puede observarse en dos direcciones: a) cuando el sentido del flujo es desde el Derecho administrativo sancionador hacia el Derecho penal se habla de *neocriminalización* o *administrativización* del Derecho penal (flecha de color verde); b) de otra parte, cuando una conducta sale del subconjunto del Derecho Penal y se integra en otro subconjunto o en ninguno de ellos, se suele decir que se produjo la *descriminalización* o *despenalización* (flechas de color rojo).²⁹⁴ Eso se puede visualizar mejor en la siguiente figura.

FIG. 10 - ALGUNOS SUBCONJUNTOS, SUS INTERSECCIONES Y EL FLUJO ENTRE ELLOS

²⁹⁴ Cfr. PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, Valencia, 1983, p. 30, donde utiliza el término “despenalización” en el sentido que expresa el cambio de infracción penal a administrativa; mientras que la descriminalización convierte el delito en un hecho para el cual no está prevista ninguna sanción. Etimológicamente, entiendo más acertada la posición inversa, ya que tanto Derecho penal cuanto el Derecho administrativo sancionador son parte del *ius puniendi*.



132. En ciertos casos se observa la migración a otro sector del ordenamiento jurídico (por ejemplo, al Derecho Civil)²⁹⁵ o a ningún sector jurídico específico (por ejemplo, la conducta pasa a ser objeto de mero reproche social, moral, etc.).²⁹⁶ La figura también muestra que los subconjuntos comparten ciertos ámbitos: así, por ejemplo, de la intersección entre Derecho penal y Derecho civil resulta la posibilidad de que el juez penal fije la reparación de los daños civiles en la sentencia; otro ejemplo lo encontramos en el hecho de que el principio de

²⁹⁵ La vía de aplicación privada a los carteles de núcleo duro no se incluye en el ámbito de la investigación, pues no es una vía muy desarrollada en Europa pese los incentivos de la Comisión Europea. Cfr. COM., DGCOMP, “Estudio sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios por infracciones de las normas comunitarias de la competencia” (http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html).

²⁹⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, p. 112: “De *lege ferenda*, los procesos de descririminalización (administrativización) o, en su caso, de neocriminalización (desadministrativización) deben tomar como criterio rector el de la gravedad material de la infracción, subordinando al mismo cualquier otra reflexión político criminal (vg. celeridad y efectividad de la sanción administrativa). Solo así los distintos efectos psicosociales reales que la comunidad asocia a una u otra clase de sanción se corresponderán –como debe ser– con el diverso grado de reproche y reprobación social que las infracciones penales y administrativas merecen”. El autor opera con argumentos de dos niveles de racionalidad: el teleológico y el pragmático, respectivamente, el grado de lesividad de la conducta y la celeridad o efectividad de la sanción.

precaución del Derecho medioambiental puede integrarse también en el Derecho penal.

133. Hay subconjuntos normativos que se expanden y otros que se contraen, dependiendo de la relevancia que se les confiera en un determinado momento histórico. Hoy día, lo que se observa con relación a los dos subconjuntos del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador son dos fenómenos: a) ambos están sufriendo una expansión; b) los dos subconjuntos se aproximan, lo que causa un aumento de la zona borrosa o gris.

134. Tanto los penalistas como los administrativistas identifican –y a la vez se quejan– del fenómeno de la expansión de sus subconjuntos.²⁹⁷ En nuestra opinión, *lo que se verifica es una expansión del ius puniendi*, lo que implica la expansión simultánea de los dos subconjuntos. No vamos a profundizar demasiado en esta cuestión, porque además de la expansión simultánea de los subconjuntos, lo que suscita más interés es la aproximación entre ellos que *genera la consecuente expansión de la zona borrosa*. El efecto que provocan esos fenómenos combinados –de expansión y aproximación– es la existencia de un gran número de conductas que pueden encajarse tanto en un subconjunto como en el otro (medio ambiente, manipulación genética, ciberdelincuencia, manipulaciones bursátiles, etc.).²⁹⁸

135. Esos fenómenos se pueden observar mejor dependiendo de donde se sitúe el observador: si está en el interior de un subconjunto específico como, por ejemplo, el penalista dentro del subconjunto del Derecho penal, él tiene la sensación de que *su* subconjunto se está expandiendo; sin embargo, es perfectamente posible que ocurra lo mismo con un administrativista que observa el subconjunto del Derecho administrativo sancionador desde dentro. Con todo, lo que se verifica, en nuestra opinión, es, además de una cierta expansión, *la aproximación de los dos subconjuntos y la expansión de la zona borrosa*

²⁹⁷ En España véanse, entre otras muchas, las contribuciones críticas de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011 y NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed., Madrid, 2012.

²⁹⁸ Cfr. LOZANO, *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid, 1990, p. 45: “Se observa, sin embargo, en la actualidad y ‘en todos los países un lento pero progresivo acercamiento del Derecho disciplinario al Derecho penal’, propugnando la doctrina un abandono de las tesis diferenciales entre unos y otros tipos de poderes sancionadores en cuanto conducen a aceptar menores garantías para su aplicación”.

existente entre ellos, lo que se puede verificar si situamos al observador lejos de los subconjuntos.²⁹⁹

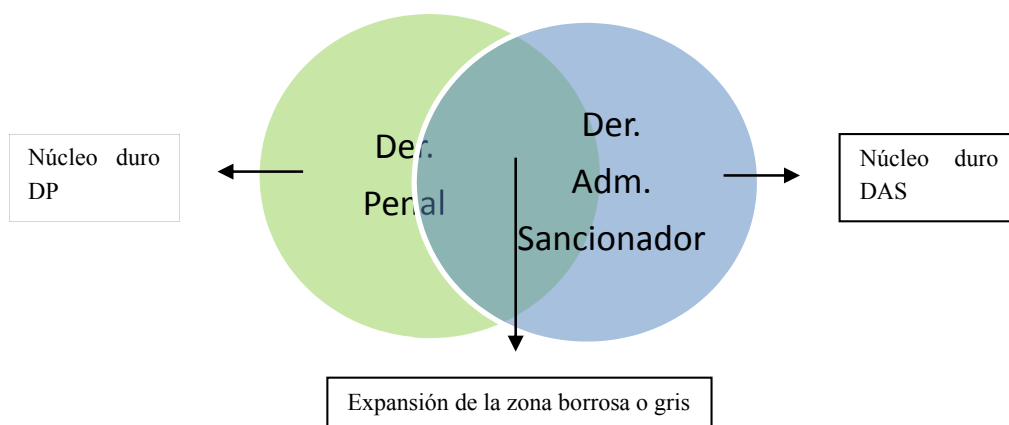
136. Así que, al situarnos exteriormente es más fácil constatar el fenómeno de aproximación de los subconjuntos y de la expansión de la zona borrosa;³⁰⁰ lo que se verifica, por ejemplo, en la tendencia actual a criminalizar algunas infracciones de tráfico viario, tales como la conducción bajo los efectos del alcohol, o en la creciente utilización del Derecho administrativo sancionador en el ámbito de la protección de la seguridad ciudadana.³⁰¹

FIG. 11 - EFECTOS DE LA APROXIMACIÓN DE LOS SUBCONJUNTOS DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

²⁹⁹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 35: “aún hoy día la coincidencia entre los tipos penales y administrativos es la regla y no la excepción”. A nuestro juicio hay una correlación estrecha con los postulados de la sociedad del riesgo y con los nuevos ámbitos –bancario, laboral, tecnológico, informático, etc.– surgidos a partir de las sociedades post-industriales.

³⁰⁰ La aproximación de los dos subconjuntos se verifica por dos factores: a) los nuevos ámbitos de protección penal; b) los nuevos principios del Derecho administrativo sancionador. Es decir, en virtud de la administrativización del Derecho penal y de la creación de un Derecho administrativo para-penal; por eso, los subconjuntos se tornan cada vez más borrosos.

³⁰¹ El panorama en estos momentos, en España, lo refleja muy bien la publicación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que, no obstante, no llega tan lejos como pudiera pensarse del primer Anteproyecto. Cfr. PRESNO LINERA, “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, Madrid, 2014, pp. 269-292; no se trata de disciplinar nuevos ámbitos del Derecho penal moderno, sino de una invasión de espacios que antes eran colonizados tradicionalmente por el Derecho penal, con lo cual se empieza a oír hablar de un “Derecho administrativo del enemigo” para designar la utilización de la sanción administrativa como una forma represiva más efectiva y eficaz que la sanción penal –y más dura-, con menos garantías para el ciudadano; por lo tanto, con alto poder de fuego. Es una inversión total de la *genética* –por así decir- de los subconjuntos del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, p. 112: “‘la ‘codicia’ del Derecho administrativo sancionador es preocupante, porque la intervención activa de la Administración pública en la sociedad de masas tecnificada contemporánea alcanza proporciones desconocidas e invade progresivamente campos que le estaban vedados o que le fueron arrebatados a la Administración del Antiguo Régimen. Dicho poder arrollador encubre, además, la imposición de sanciones *administrativas* que solo mediante el recurso al formalismo –o a la estafa de etiquetas- pueden distinguirse, materialmente, de las *penas* que el orden jurisdiccional impone al responsable de un delito. Por otra parte, la ‘avidez invasora’ de la potestad sancionatoria de la Administración, por su rigor, celeridad y efectividad, tiende a vaciar de contenido y virtualidad al propio poder punitivo del Estado en ciertos ámbitos de criminalidad siendo, de hecho, más temida por el ciudadano que éste último aun cuando las infracciones administrativas carezcan, a menudo, de la reprobación o carga de desvalor y reproche que la comunidad asocia a las infracciones penales. Lo que, como ha señalado un sector de la doctrina, produce un pernicioso efecto *criminógeno* al crear un clima de impunidad (criminal) favorable a la multiplicación de las infracciones”.



137. Las conductas de los carteles de núcleo duro son parte del subconjunto del Derecho de la competencia que puede, o no, interactuar con el Derecho penal. Como hemos visto en la segunda parte del trabajo hay tres modelos de criminalización: la no criminalización, la criminalización total y la criminalización parcial. En estos momentos, se trata de determinar qué subconjunto es teleológicamente más adecuado. Nos parece interesante empezar por hallar los *déficits* de cada subconjunto con vistas a contestar a la pregunta sobre el grado de protección que se debe dispensar al bien jurídico competencia. Los *déficits* que se presentan en cada subconjunto puede detectarse en tres momentos: a) la investigación; b) la persecución, y c) la aplicación de la sanción. En las líneas siguientes vamos a ocuparnos de estos *déficits*, considerando las posibilidades que nos ofrece cada subconjunto de reaccionar frente a los problemas específicos de cada momento.

D) Los *déficits* de detección e investigación de los carteles de núcleo duro

137. Una característica crucial de la delincuencia de los carteles de núcleo duro es la clandestinidad;³⁰² de ahí que las autoridades deban disponer de medios adecuados para la investigación. En el ámbito administrativo los poderes de investigación tienen un alcance más reducido que en el ámbito penal, sin embargo incluyen la entrada y registro en domicilios privados y sedes de empresas, con la condición de la obtención de autorización judicial. La

³⁰² Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 83: “El carácter secreto de los acuerdos anticompetitivos hace que sea crucial que las autoridades dispongan de medios adecuados para su descubrimiento”.

criminalización ampliaría los medios de investigación que no estaría justificado poner al servicio del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, como, por ejemplo, la intervención de telecomunicaciones y la infiltración de agentes encubiertos.³⁰³

138. Es cierto que el Derecho penal exige unos estándares probatorios más elevados, pero se dota a la investigación de medios más idóneos.³⁰⁴ La no utilización de estas técnicas de investigación genera serios obstáculos al descubrimiento de los carteles de núcleo duro, lo que se comprueba con la duración de las colusiones empresariales, que tardan muchos años en salir a la luz. Teleológicamente, el Derecho administrativo sancionador experimenta un déficit importante en la investigación de los carteles generador de un efecto contraproducente, pues en el ámbito administrativo lo normal es que las autoridades queden a la espera de una delación (programas de clemencia) o que alguien *use el silbato* sobre la existencia del cartel (*wistleblowers*).³⁰⁵ Se podría argumentar que lo correcto es dotar a la Administración de estas técnicas de investigación. A continuación haremos algunas precisiones sobre este tema para evitar equívocos.

D.1) La intervención en las telecomunicaciones

139. ¿Por qué las autoridades administrativas no pueden intervenir las telecomunicaciones? Si la Constitución protege tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los arts. 18.3 y 18.2, entonces no habría motivo para impedir a las autoridades administrativas acceder a las comunicaciones telefónicas de los involucrados en la práctica ilícita, ya que pueden entrar en domicilios privados y sedes de empresas. En el fondo, lo que late en la limitación de las facultades de investigación de la administración pública es la salvaguardia de la intimidad y dignidad,³⁰⁶ pues ciertas técnicas vulneran directamente derechos fundamentales. Por lo tanto, es importante diferenciar entre el derecho al secreto

³⁰³ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 88.

³⁰⁴ Cfr. “Un grupo de empresas se repartió 33 años el mercado de los sobres electorales”, *El País*, Economía, edición de 01 de abril de 2013, Economía, (http://economia.elpais.com/economia/2013/04/01/actualidad/1364811046_216765.html).

³⁰⁵ Sin embargo, la CNC llama la atención sobre el hecho de que se incrementan las investigaciones abiertas de oficio, con 24 según la Memoria de actividades – 2012-2013. Se han abierto un total de 32 expedientes tras denuncias formuladas ante la comisión.

³⁰⁶ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 462-463.

de las comunicaciones y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Para justificar que las intervenciones de las telecomunicaciones no se pueden autorizar en el procedimiento administrativo sancionador, ya que podría resultar en una mayor vulnerabilidad de los derechos fundamentales ante actuaciones arbitrarias, basta pensar que con los avances tecnológicos la interceptación de las comunicaciones se desarrolla en unos contextos *orwellianos*.³⁰⁷ En la práctica resultaría casi imposible mantener ocultos registros subrepticios sistemáticos, mientras que esto es perfectamente posible con relación a las interceptaciones de las telecomunicaciones. Además, éstas pueden realizarse en forma masiva, oculta y prolongarse indefinidamente, lo que genera graves daños a la intimidad.³⁰⁸ En este punto, parece obvio que se trata de un tipo de medida de investigación limitativa de derechos fundamentales que se debe contemplar con un enfoque muy restrictivo, como para dejarla al margen del Derecho administrativo sancionador.

140. Sobre los requisitos de la intervención de las telecomunicaciones la jurisprudencia constitucional ha sentado que “un delito grave a efectos de la admisibilidad de la intervención de telecomunicaciones no es necesariamente coincidente con un delito grave según la catalogación que realiza el Código penal conforme a las penas asignadas a los tipos, pues la valoración de la gravedad puede fundarse en criterios relativos al bien jurídico o a la forma de comisión, con independencia de la naturaleza o extensión de la pena”.³⁰⁹ Así pues, si se optara por la criminalización de los carteles no parece que existan importantes obstáculos para que se acordara su investigación mediante la intervención de telecomunicaciones, pues basta con verificar la gravedad y la lesividad de la conducta al bien jurídico competencia.

D.2) La utilización de agentes encubiertos

141. La utilización de agentes encubiertos es una técnica de investigación que se utiliza más a menudo en los delitos referidos a la criminalidad organizada; se

³⁰⁷ *Cfr.* “La policía podrá usar troyanos para investigar ordenadores y tabletas”, *El País*, Sociedad, edición de 3 de junio de 2013 (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/03/actualidad/1370289646_865495.html).

³⁰⁸ A partir de documentos filtrados por el ex agente Edward Snowden, se estima que la Agencia de Seguridad Nacional norteamericana (NSA) ha interceptado 60 millones y medio de llamadas. *Cfr.* “Claves y giros del espionaje masivo en España”, *El Mundo*, Internacional, edición del 04 de noviembre de 2013.

³⁰⁹ *Cfr.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO; “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 88.

trata de un mecanismo sumamente eficaz en la detección e investigación de delitos cometidos por organizaciones criminales.³¹⁰ Por supuesto, los agentes encubiertos no están autorizados para provocar el delito y su intervención debe realizarse conforme a la ley y con el adecuado control judicial.

142. El art. 282 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) regula la figura del agente encubierto; autoriza la actuación de policías con identidad supuesta cuando se trate de investigaciones propias de la delincuencia organizada, definida como asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer ciertos delitos, de entre ellos algunos delitos contra el orden socio-económico. Así pues, bastaría con indicar el número del artículo del Código penal bajo la indicación del mencionado bien jurídico en el listado del art. 282 *bis* LECrim, que habría de enmendarse -aunque sólo muy puntualmente- para que se aplicara en la investigación de carteles de núcleo duro, una vez que se optara por la criminalización.

E) Las multas administrativas y la infra-protección del bien jurídico

143. La versión clásica en Europa de la sanción en el contexto de las violaciones contra la competencia es la multa administrativa aplicada a la empresa (*corporate fine*).³¹¹ Se trata ahora de verificar si a través del sistema de

³¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO; “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 89, donde señala que la técnica de infiltración de agentes no se considera éticamente rechazable, “pese a que se basa en la mentira como herramienta de actuación estatal y su admisión exige aceptar la moralidad del engaño en ciertas circunstancias”.

³¹¹ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, pp. 305-328 y 309. “El fenómeno es curioso. En el más inexplorado terreno para el Derecho penal económico europeo, como es la legislación *antitrust*, ni se debate sobre penas alternativas a la prisión ni se ofrece como solución la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, cuestiones ambas muy de moda en la dogmática penal. Frente a los carteles se plantea la posibilidad de criminalizar para disuadir y se piensa en la disuasión que proporciona la amenaza de mandar a prisión a administradores o directivos. Muy crudo, pero altamente realista. A nadie se le ocurre hablar, en este contexto, de finalidad preventiva especial de la pena o resocialización. Tampoco se diserta en él sobre la obsolescencia del clásico principio ‘societas delinquere non potest’. Se asume que para sancionar a la empresa como tal ya está el Derecho administrativo y no se aduce ni se observa ventaja alguna de conducir a la empresa al ámbito de la norma penal si no es en la compañía de las personas físicas involucradas en la conducta prohibida. Que sea necesario o tan sólo posible que para la imposición de una sanción penal a la empresa sea también condenado un individuo, es problema distinto. Lo que aquí interesa destacar es que la respuesta punitiva que se ofrece en el modelo del Derecho *antitrust* penal no es posmoderna ni sofisticada: es la decimonónica y clásica pena de cárcel”.

imposición de multas administrativas se protege bien a la competencia. Aquí hay una diferencia valorativa -de sentido-, no de coste-beneficio.³¹²

E.1) La incorporación de la sanción puramente económica como riesgo del negocio

144. La criminalización de los carteles económicos de núcleo duro “se ha visto como un cuestionamiento abierto del sistema de multas administrativas”,³¹³ la creencia en la factibilidad del sistema de multas administrativas parece ser extremadamente ingenua; las multas son “lo menos imaginativo” que se puede hacer ante el reto de mejorar la competencia, como afirmó el presidente de la CNMC.³¹⁴ Pese a la presentación de las altísimas multas administrativas como la solución perfecta, en última instancia se trata de un valor económico al que la empresa puede computar como un coste general del producto e, incluso, traspasar a los consumidores en el precio de los productos y servicios.³¹⁵ Las multas administrativas no llegan hasta donde tienen que llegar: al infractor; o dicho de otra manera, no alcanza a las personas físicas que toman la decisión de integrar un cartel y que son las responsables últimas de la infracción a la competencia.

³¹² Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 245, donde señala que “quizá no hay otra manera de justificar la existencia de una potestad sancionadora de la administración que en razones pragmático-eficientistas”, añadiendo que “la lente de los propios fines del Derecho administrativo sancionador, la interposición de un telos en esa frágil estructura de legitimación práctico-eficientista, redimensiona el papel del Derecho administrativo sancionador como algo más que auxiliar del Derecho penal y, por tanto, como un instrumento en condiciones de ofrecer otras pautas de intervención punitiva diversas de las penales”.

³¹³ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 76.

³¹⁴ Cfr. “El nuevo regulador de Competencia asegura que multar es un ‘fracaso’”, *El País*, Economía, edición de 22 de noviembre de 2013, (http://economia.elpais.com/economia/2013/11/22/actualidad/1385121033_240131.html).

³¹⁵ Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 31: “Además, es muy difícil evitar que una empresa sancionada pueda terminar repercutiendo el coste de la multa sobre los clientes; esta posibilidad es, al menos teóricamente, mayor cuando la empresa sancionada se halla en posición de dominio puesto que, por definición, tiene un poder de mercado que le permite elevar el nivel del precio por encima del competitivo y actuar en el mercado con independencia de sus clientes y competidores”. Cfr. ÉVOLE, “Oligopoly: El juego de la energía”, *Salvados*, La Sexta, 18 de noviembre de 2012 (www.lasexta.com/videos/salvados/2012-noviembre-18-2012111600028.html), sobre el traspase de las multas administrativas aplicadas a las empresas del sector eléctrico directamente a las facturas sin ningún tipo de advertencia al consumidor.

145. Desde la perspectiva de las repercusiones en el patrimonio social nos parece obvio que los directivos de las empresas suelen realizar el cálculo del riesgo de participar en la colusión, teniendo en cuenta los beneficios del cartel - que son seguros- y los costes de la sanción –que son tan sólo posibles-, así como las bajas tasas de detección.³¹⁶

El riesgo de que un cartel sea detectado es muy bajo como se puede comprobar a través de las estadísticas de las autoridades de competencia. Las multas aplicadas sufren sustanciales rebajas en los tribunales. En fin, para que las sanciones pecuniarias fueran verdaderamente desalentadoras de los acuerdos colusorios, insistimos, sumamente lucrativos a la par que difíciles de detectar, sus cuantías habrían de incrementarse en cifras que harían peligrar la supervivencia de las compañías que se involucraron en el acuerdo colusorio, con la consecuente generación de daños colaterales a los trabajadores –en virtud de los despidos-, a los consumidores y al mercado; además, la empresa saldría perdiendo en términos financieros y habría que computar eso como coste a los productos, disminuir en innovación y desarrollo de los productos, invertir menos en tecnología, etc. Al fin y al cabo, todo eso afectaría negativamente a la economía del país y haría peligrar a la competencia, cuando debería garantizar su protección.³¹⁷

146. La cuestión es que la lógica que está detrás de la imposición de multas elevadas no funciona. Las multas muy elevadas deberían generar efectos disuasorios máximos, pero no es así. Las empresas deberían hacer que sus empleados y directivos respetasen la ley bajo amenaza de sanción disciplinaria una vez que la multa administrativa se aplica a las personas jurídicas –y no a las personas físicas involucradas en el cartel-. De ahí vienen algunos problemas, pues es cierto que los directivos que pretendan alcanzar mejores puestos, mejorar sus resultados, incrementar sus sueldos, o simplemente evitar el despido, miran con buenos ojos el riesgo de involucrarse en un acuerdo anticompetitivo.

³¹⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 95: “Además, muchos ejecutivos sancionados consiguen, pese a todo, conservar sus empleos, lo que cuestiona ampliamente el carácter intimidante de las multas”.

³¹⁷ Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, p. 298, sobre el coste de la expansión de las penas. El riesgo de quiebra de las empresas ya ha hecho una aparición en la argumentación jurídica, tanto en Europa cuanto en Estados Unidos.

147. Por otro lado, hay que subrayar que la política de sanciones disciplinarias incentivada por la empresa no despliega los mismos efectos disuasorios que la sanción penal. Además, las empresas no siempre son capaces de controlar el comportamiento de sus empleados; por eso cada vez más empresas desarrollan un programa de *compliance*³¹⁸ (de cumplimiento de la norma), a través de un auditor interno (el *compliance officer*) o de una empresa de auditoría contratada para fiscalizar si los empleados están cumpliendo, y con un sistema de delación anónima (*whistleblowers*). En estos supuestos es difícil comprobar que los directivos hayan generado daños a las empresas y sean responsables civiles, ya que la actividad de los carteles es muy lucrativa y las sanciones pecuniarias son básicamente reparadoras y ya cumplen con esta finalidad. La capacidad limitada de las empresas para imponer sanciones disuasorias de cierta gravedad, combinada con la pequeña probabilidad de detección y con el hecho de que en caso de ser detectado, la sanción disciplinaria más grave que puede recibir el empresario sea el despido, redundan en poca o casi nula disuasión.

148. La crítica es válida básicamente para cualquier infracción administrativa que se sancione con multa; sin embargo los efectos disuasorios de las multas aplicadas por infracciones de tráfico –que no son tan altas- son muy distintos. Parece que en este campo los efectos disuasorios son alcanzados porque las multas recaen directamente en los infractores –personas físicas-, mientras que en los supuestos de carteles el patrimonio afectado es el de las personas jurídicas.

Puede suceder, por ejemplo, que el control efectivo de las empresas esté en manos de muchos accionistas, que resulten perjudicados por empleados/directivos que se involucran en la práctica colusoria. Estos podrían hacerse responsables a título de responsabilidad social y por la reparación civil de los daños ocasionados, pero hay que pensar en la hipótesis de que el ejecutivo responsable por la colusión deje la empresa; en este caso, no parece que los efectos disuasorios se hagan sentir con la imposición de la multa a la persona jurídica cuyo directivo que maquinó la colusión ya no trabaja en ella.³¹⁹ La reparación civil tampoco despliega efectos disuasorios en la hipótesis en la que la empresa obtuviera lucro “ex vi” de la colusión superior a la multa administrativa fijada, lo que ocurre bastante a menudo; y eso porque no existe

³¹⁸ Cfr. KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, con amplias referencias.

³¹⁹ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, pp. 92-93.

en el ordenamiento jurídico la condena al triple del valor de los daños, como en Estados Unidos.

149. Entonces, ¿cómo calcular la multa óptima? La Comisión Europea ha desarrollado un extenso cuerpo normativo respecto a las prácticas de imposición de multas tanto para las actividades de carteles como para los abusos de posición dominante, al cual se suma la vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal de Primera Instancia. En el año de 2006 la Comisión Europea revisó las *guidelines*,³²⁰ que ahora se imponen a través de un procedimiento que tiene en cuenta dos elementos principales: a) el valor de las ventas de la empresa a que se refiere la infracción en el año de referencia; y b) el número de años que perduró la infracción. El cálculo tiene como base el mercado relevante geográfico de cada empresa participante en el cartel³²¹, para entonces fijar un percentil de hasta 30% de estas ventas, cuyo índice apropiado toma en cuenta las circunstancias relevantes de cada caso, que indican la gravedad de la conducta individualizada por empresa, la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de los participantes, el ámbito geográfico de actuación, y si se ha implementado el acuerdo en su totalidad. Pero estos elementos no son otra cosa que el impacto de la infracción en el mercado. La duración del cartel, por otro lado, juega un papel más importante con la edición de las nuevas *guidelines*. La metodología de cálculo es simple:

³²⁰ Cfr. COM., OJ 1998, C9/3, *Guidelines on the method of setting fines pursuant to Article 15 (2) of Regulation 17* (las antiguas *guidelines*); OJ 2006, C 210, *Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2)(a) of Regulation n° 1/2003* (las nuevas *guidelines*).

³²¹ En España, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo cambió el criterio adoptado por la Audiencia Nacional, fijando que los porcentajes del cálculo de multa se deben aplicar sobre el volumen del negocio de la empresa en el ejercicio anterior y no sobre el mercado afectado. Eso significa que, si una empresa tiene varias actividades y comete una infracción, la multa se calcula sobre el negocio total de todas actividades y no sobre la actividad donde se verificó la infracción. Se plantea si es necesaria una normalización Europea en virtud de la discrepancia con las *guidelines* de la Com. Véase al respecto, “Las nuevas coordenadas de la CNMC. Las sentencias del Supremo revolucionan la dinámica del organismo que vela por la competencia en España ante las futuras sanciones por conductas ilícitas”, *El País, Empresas & Sectores*, edición de 29 de marzo de 2015. Cfr. las SSTs núm. 333/2015, Sección 3ª, de 09 de febrero 2015, ponente Maria Isabel Perello Domenech (Id. Cendoj 28079130032015100037); núm. 281/2015, Sección 3ª, de 05 de febrero 2015, ponente Jose Manoel Brandés Sánchez-Cruzat (Id. Cendoj 28079130032015100033); núm. 236/2015, Sección 3ª, de 30 de enero 2015, ponente Eduardo Calvo Rojas (Id. Cendoj 28079130032015100025); núm. 112/2015, Sección 3ª, de 29 de enero 2015, ponente Manoel Campos Sánchez-Bordona (Id. Cendoj 28079130032015100017); núm. 86/2015, Sección 3ª, de 19 de enero 2015, ponente Eduardo Espin Templado (Id. Cendoj 28079130032015100014); núm. 15/2015, Sección 3ª, de 16 de enero 2015, ponente Manoel Campos Sánchez-Bordona (Id. Cendoj 28079130032015100001); núm. 113/2015, Sección 3ª, de 16 de enero 2015, ponente Eduardo Espin Templado (Id. Cendoj 28079130032015100018).

se multiplica la cantidad de multa por los años de actividad del cartel. Para evitar la tentación de entrar en un cartel la Comisión puede añadir un 15 a 25% en términos de una multa adicional por la entrada en el cartel (*entry fee*). La fórmula final es:

(Hasta 30% del valor de venta) x (número de años del cartel) + (15 a 25% del valor de ventas como incentivo para no entrar en el cartel)

150. En la segunda fase de la aplicación de la multa se hacen ajustes de la cuantía básica para arriba o para abajo, teniendo en cuenta circunstancias atenuantes o agravantes; por ejemplo, la reincidencia, la negativa a cooperar, la obstrucción de la investigación, el uso de instigación o coerción, ejercer un liderazgo en la colusión; o las circunstancias atenuantes, tales como la participación por negligencia, la adopción de un comportamiento pro-competitivo a pesar de ser miembro del cartel, cooperar con las autoridades más allá del programa de clemencia u otra obligación legal, etc. Para finalizar hay un dispositivo de cierre que permite que la pena de multa sea aplicada en un nivel más elevado si la empresa tiene un particular volumen de negocios, hasta el máximo del 10 por ciento del volumen anual de negocios en el año fiscal precedente.

151. Lo anterior pone de relieve que el Derecho administrativo sancionador está estructurado en torno a la reparación del daño a través de una actuación *ex post* a la conducta ilícita y no a una actuación preventivo-disuasoria *ex ante*.³²² Si se

³²² A través de la devolución del beneficio obtenido con la práctica prohibida (*disgorgement of profits*). Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones”, p. 24, donde pone de relieve que “esta devolución del beneficio ilícito puede producirse tanto a instancia de la autoridad administrativa de la competencia, a través de las multas o por mecanismos específicos, como también mediante la aplicación privada del Derecho de la competencia, con el pleno resarcimiento de los daños sufridos por los perjudicados por las conductas ilícitas”. Cfr. también, ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la competencia”, *Indret*, Barcelona, 3/2009, p. 03, donde el autor pone de relieve que “la Comisión Europea lanzó hace pocos años una iniciativa para promover lo que se ha denominado aplicación privada (*private enforcement*) del Derecho de la Competencia comunitario. En los planteamientos iniciales, la propuesta era muy ambiciosa ya que se trataba de llevar hasta sus últimas consecuencias la descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia comunitario involucrando, sobre todo, a los juzgados y tribunales nacionales, es decir, transformar el Derecho de la Competencia, desde un Derecho público sancionador de carácter administrativo en un Derecho ampliamente aplicado en las relaciones entre particulares y por los jueces civiles por iniciativa de aquellos. Dentro de este gran objetivo, garantizar la compensación de las víctimas de ilícitos *antitrust* era una de las metas pretendidas. A lo largo del debate –del *Libro Verde* al *Libro Blanco*- la discusión se ha centrado y se han reducido los objetivos.

hace un balance resulta muy factible que las empresas puedan computar la multa como riesgo del negocio y optar por la colusión.

Como hemos visto, para que surjan los deseados efectos disuasorios la multa tendría que ser fijada en un nivel excesivamente elevado,³²³ lo que incidiría sobre la capacidad competitiva de la empresa, lo que a la vez puede determinar que tenga que declararse insolvente y cerrar, generando costes sociales muy importantes en épocas de crisis y de tasas de paro elevadas. Por otro lado, las consecuencias negativas no solo van a recaer sobre los directivos y dueños de las empresas, sino también sobre los trabajadores, suministradores, acreedores, clientes, consumidores, etc. Una multa excesivamente alta también implica que la empresa reduzca las inversiones en innovación y con el cierre de empresas se crea una mayor concentración en el mercado, o dicho de otro modo, el mercado se torna menos competitivo porque hay una disminución del número de competidores.

“Una ventaja de la sanción penal, y de la pena de prisión en especial, es que su imposición permite una reducción de la cuantía de la multa a la empresa y así posibilita evitar la situación de insolvencia. Asimismo, dicha sanción se dirige contra el individuo que realiza la conducta e influye directamente en sus incentivos para cometer el delito, dado que las consecuencias de ser descubierto son muy graves y no susceptibles de compensación por la empresa”.³²⁴

Ahora se trata, exclusivamente, de garantizar la compensación de las víctimas. Cualquier objetivo disuasorio de la comisión de ilícitos anticompetitivos ha quedado al margen”.

³²³ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 91: “La difusión de la *teoría económica de la disuasión óptima* desarrollada en el ámbito de la defensa de la competencia se ha visto favorecida por el clásico trabajo de *Landes*. Es conocido que la aplicación de la teoría económica al delito constituye el antecedente de la denominada teoría criminológica de la elección racional (*rational choice theory*) y de los análisis económico-matemáticos del delito realizados por *Beck* en el año 1968, que ponen el acento en la explicación de la percepción por parte del delincuente de los riesgos que corre, de los esfuerzos que ha de realizar y de las recompensas que va a obtener del delito. Según *Landes*, cuando un sujeto toma la decisión de cometer un delito contra la competencia pondera dos factores: los beneficios que puede conseguir del mismo y el importe de la multa que se le puede imponer en caso de ser descubierto y sancionado. Desde la perspectiva de las sanciones óptimas, el efecto disuasorio de la multa a imponer a una empresa exige que el importe sea de tal entidad que supere los beneficios de los acuerdos anticompetitivos. Ello supone que la cuantía de las multas sea muy elevada. Los directivos de las empresas actúan teniendo en cuenta sobre quién revertirán los costes y los beneficios de su actividad. En el caso de los carteles, los costes se repercuten normalmente en los compradores del producto, mientras que los beneficios se internalizan y van a parar a los miembros del cartel. Esta situación es la que debe ser invertida por la normativa en la materia, esto es, se ha de lograr que se internalicen los efectos negativos que el cartel genera a los compradores. Para ello, la multa debe tener un efecto disuasorio, el cual solo puede producirse si se anulan los beneficios que esperan obtener los integrantes del cartel”.

³²⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 93.

Otro importante efecto colateral indeseable es el aumento de las tasas de reincidencia generado a partir del déficit de disuasión de las sanciones puramente económicas, como vamos examinar con más detalle a continuación.

E.2) Las penas de multa y la ineficacia en coartar la tentación de delinquir: las tasas de reincidencia

152. De lo afirmado en el apartado anterior, cabe extraer la conclusión de que la multa administrativa no coarta la tentación de delinquir, pues puede calcularse e integrarse en las cuentas sociales como riesgo del negocio. En lo que sigue examinaremos otra de las consecuencias del déficit de disuasión de las penas de multa: la reincidencia.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC) se refiere a la reincidencia como comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza (art. 131.3.c)³²⁵, mientras que para el Derecho penal es reincidente el culpable que haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza (art. 28.8 CP). Desafortunadamente, no hay estudios empíricos sobre la reincidencia en el ámbito administrativo sancionador.

153. En países donde los carteles de núcleo duro están criminalizados, como en Estados Unidos, las autoridades administrativas señalan que la ausencia de sanción privativa de libertad puede influir enormemente en la tasa de reincidencia. En numerosas ocasiones, la División de Competencia (*Antitrust Division*) –órgano del Departamento de Justicia norteamericano (DOJ)- ha entrevistado a miembros de carteles internacionales que proporcionan relatos de primera mano de su participación en carteles que se extienden por el mundo,

³²⁵ El concepto de reincidencia se define de la misma manera en el artículo 29.3.d) del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobado ya por el Congreso de los Diputados (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_574_3899.PDF)

pero que se detuvieron en la frontera de Estados Unidos por temor de ir a la cárcel.³²⁶

Este argumento es utilizado como una prueba convincente en aquel país de que la disuasión a través de la pena de prisión (el *enforcement*) es capaz de bloquear la actividad colusoria e, incluso, evitar la reincidencia. Hay que subrayar lo poco aceptable de tomar la afirmación como la causa de la evitación de la reincidencia sin más. Aquí se compartirá tal afirmación sólo a medias, pues no hay duda de que los efectos disuasorios derivados de la pena privativa de libertad son superiores a los de las penas de multa; sin embargo, la pena de prisión por sí sola no es suficiente para reducir las tasas de reincidencia, donde entran en juego otros factores como, por ejemplo, la efectividad de aplicación de las sanciones (bajas tasas de impunidad) y la aplicación de las sanciones en un tiempo razonable (bajas tasas de prescripción).³²⁷ Estos factores juegan un papel tan o más importante en la disuasión que el encarcelamiento aisladamente considerado.

154. Por otro lado, en los últimos años los valores de las multas aplicadas por infracciones contra la competencia aumentaron drásticamente en un buen número de jurisdicciones, especialmente en Estados Unidos y Europa.³²⁸ Se podría argumentar que las “super-multas” tienen un efecto disuasorio importante y que son suficientes para coartar la tentación de delinquir. Pero eso

³²⁶ Cfr. WERDEN/HAMMON/BARNETT, “Recidivism Eliminated: Cartel enforcement in the United States since 1999”, en SSRN - Social Science Research Network, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1927864&download=yes).

³²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, 2ª ed. amp. y act., Montevideo, Buenos Aires, 2010, p. 46: “A la vez, adoptada la prevención general como fundamento principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para su eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida”.

³²⁸ Multas más altas que las que impone el Derecho penal. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 67: “Ciertamente, las sanciones previstas en la legislación administrativa son de considerable entidad. Frente a ellas, las del Código penal pueden ser irrisorias, lo cual es motivo de preocupación para la doctrina, que reiteradamente ha señalado que tales sanciones no deberían superar el límite máximo que para las faltas establece el Libro III. Aunque no falten voces que alegan que fortalecer las facultades sancionadoras de la Administración es algo impuesto por razones de índole práctica, hay que entender que esas mismas razones podrían avalar una reforma legislativa que permitiera una ágil y ponderada aplicación de las sanciones penales. La eficacia preventiva no puede lograrse incrementando el rigor sancionador de la Administración a costa de la recíproca disminución de las posibilidades de actuación del Derecho penal, procesal y sustantivo.

no es así; las empresas vuelven a las prácticas colusorias muy a menudo.³²⁹ A través de recursos se obtienen importantes rebajas y suspensiones de las multas aplicadas, exenciones derivadas de la adhesión a programas de clemencia, acuerdos de exención o rebaja de penas firmados con la fiscalía, etc. Puede decirse –por mimetismo con el Derecho penal- que estamos ante un *Derecho administrativo simbólico* que produce un efecto meramente tranquilizador en la sociedad sin efectos disuasorios importantes en los infractores y que descuida por completo la protección de los consumidores, además de tratarse de una *hiperestructura* administrativa muy costosa.³³⁰

Las críticas a la política de competencia europea son que el coste público referente a la actividad de la *DGComp* -órgano de la Comisión Europea responsable de la competencia-, y la solución adoptada era parte de un equilibrio entre fuerzas que ha contentado a los Estados miembros, pero no ha hecho felices a los consumidores y a los contribuyentes: el rendimiento en la aplicación de sanciones administrativas ha sido tan inferior a lo esperado que se puede afirmar que estos gastos públicos – y también los privados- relacionados con el combate a los carteles fue durante mucho tiempo un peso muerto, una pérdida para la sociedad.³³¹

155. Podría objetarse que una alternativa obvia es imponer sanciones económicas a las personas físicas, como de hecho lo permite la normativa de protección de la competencia en varios Estados miembros, pero “las *multas a los individuos* presentan diversas objeciones que llevan a concluir a algunos que son insuficientes y no intimidan. En primer lugar, como en el caso de las

³²⁹ Solo en el año de 2007, la Comisión Europea impuso un total de 3.34 billones de euros a empresas que infringieron el art. 101 TFUE. Cfr. WALSH, “Carrots and sticks – Leniency and fines in EC cartel cases”, en *E.C.L.R.*, vol. 39, núm. 1, 2009, p. 30.

³³⁰ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, pp. 64-65, donde pone de relieve que pese a la existencia de diferencias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, “ante la entidad aflictiva que pueden llegar a tener las sanciones, el Derecho administrativo sancionador, que con propiedad pudo en otros momentos ser calificado de pre-beccariano, debe revestirse de las garantías propias del Derecho penal, tal como, por otra parte, según recuerda la Exposición de Motivos de la Ley [LRJAP], impone el artículo 25 de la Constitución. Por su parte, el TEJ ha desarrollado una serie de principios garantizadores comunes, inspirados en las garantías penales y vinculantes para los países miembros que, en buena medida, ya las han incorporado a sus respectivas ‘partes generales’ sobre infracciones y sanciones administrativas”.

³³¹ Cfr. BUCCIROSSI/SPAGNOLO, *Optimal fines in the era of whistleblowers: should price fixer still go to prison?* Conferencia Inaugural de la ACLE – Amsterdam Center for Law and Economics, febrero, 2005, p. 20: “if expected sanctions against a crime are too low to have relevant deterrence effects, then the law enforcement activity is unproductive from an economic point of view and the investigation and prosecution costs are deadweight losses for society (i.e. they do not produce sufficient social benefits that balance them, apart from the compensation of the victims, a pure transfer)”.

empresas, puede ocurrir que el sujeto carezca de capacidad económica para pagar la sanción; en segundo lugar, incluso si puede pagar la multa, es relativamente fácil para la empresa hacerse cargo, al menos indirectamente del pago de la misma”.³³² Esta opción no pone fin al problema del déficit de disuasión derivado de la imposición exclusiva de sanciones económicas; el próximo peldaño, por consiguiente, es pensar en la aplicación de la pena privativa de libertad a las personas físicas que se involucran en actividades colusorias, como veremos a continuación.

E.3) Penas privativas de libertad y programas de clemencia: efecto potenciador del juego del “dilema del prisionero”

156. Algunos autores señalan la existencia en Europa de un déficit de disuasión -un *underenforcement* público- de la prohibición de carteles y pugnan por una solución que pasa por la ampliación de las medidas que suelen promover este objetivo, básicamente “la imposición de sanciones penales a los cartelistas; la concesión de incentivos pecuniarios a los denunciantes y la imposición de obligaciones de desinvertir (*divestitures*)”.³³³ En gran parte, las distorsiones que hemos visto hasta ahora podrían corregirse a través de la aplicación de sanciones no-económicas (prisión y penas restrictivas de derechos) a las personas físicas.³³⁴

157. En términos disuasorios está claro que la pena más temida es la de prisión: el miedo a ir a la cárcel es más aterrador que la posibilidad de que se impongan penas económicas o restrictivas de derechos, como la pena de inhabilitación. Dicha reacción emocional es el factor en el que se confía cuando se defiende la criminalización de una clase de conductas. En efecto, para despertar esta reacción emocional hay que contar con la certeza de que el sistema penal

³³² Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 95.

³³³ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Contra la armonización positiva”, p. 05.

³³⁴ Si se aplica la pena privativa de libertad a los individuos que llegan al acuerdo anticompetitivo, se podría evitar en gran medida los efectos negativos sobre la empresa, el mercado y sobre los accionistas. La administración pública no puede imponer penas privativas de libertad por expresa prohibición constitucional, algo no infrecuente incluso en la etapa pre-democrática más inmediata (por ejemplo, la antigua Ley de Montes, del año 1957, vigente hasta 2003), donde se establecía el arresto sustitutorio en caso de impago de multa por vía administrativa.

funcionará satisfactoriamente, o dicho de otro modo, que la pena será efectivamente aplicada y en un espacio de tiempo razonable.³³⁵

“Ya hace algunos años que la OCDE afirmó que en el ámbito de la defensa de la competencia las sanciones penales contra los individuos tienen un efecto disuasivo superior al de las multas administrativas impuestas a las empresas. Tales multas no disuaden, pues pueden integrarse en la contabilidad de la empresa como un costo asociado al negocio. Por su parte, el Derecho penal puede imponer no solamente multas, sino también penas privativas de libertad a las personas físicas. Intuitivamente se puede concluir que el miedo a entrar en prisión disuade más que la imposición de penas de otra naturaleza”.³³⁶

Otros de los motivos por los que la prisión se percibe como un mal de mayor entidad son: la libertad es un valor más apreciado que el patrimonio o el desarrollo de la profesión; es un bien difícil de escamotear a las autoridades ante la ejecución de una condena; la libertad perdida no es restituible, mientras que el dinero dejado de percibir o abonado como sanción pecuniaria sí lo es; por la gravísima afección de derechos e intereses personales y familiares, entre los cuales están el desprestigio social y la afección del honor de los que van a la cárcel.³³⁷ Además, “si inculpa y juicio son por sí mismos estigmatizantes, la prisión marca al individuo de por vida, de forma prácticamente irreversible para su buen nombre, consecuencia que en absoluto se deriva de la inhabilitación y, menos aún, del pago de una multa”.³³⁸ Sobre el significado

³³⁵ La efectividad del sistema penal (con más y mejores policías, fiscales, abogados, jueces y cárceles) es un factor a tener en cuenta en la racionalidad pragmática. La efectividad del sistema legal es, sin duda, relevante; sin embargo, y con relación a ciertos sectores de la delincuencia (por ejemplo, la delincuencia ocasional), no cabe esperar demasiado, pues no se ataca las causas del crimen y su capacidad preventiva tiene límites estructurales muy claros. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, Valencia, 2005, pp. 508-509.

³³⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 81 y 95: “Es difícil cuantificar en dinero el tiempo que una persona pasa privada de libertad o el estigma asociado al ingreso en prisión o a la condena penal. En el caso de los hombres de negocios de alto nivel, la amenaza de la pena de prisión es probable que sea especialmente potente”.

³³⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 95, donde señala la inexistencia de estudios empíricos “acerca del grado de intimidación de dicha pena para los ejecutivos de las empresas. Sin embargo, no se puede decir que sea este un motivo concluyente para excluirse la imposición de dicha pena, porque tampoco existen tales estudios respecto de otros delitos. Desde luego que lo ideal es que existan estadísticas sobre el tema, pero el hecho de que no las haya no significa que se tengan que despenalizar todos los delitos en los que ello ocurre”, citando como ejemplo a que los ejecutivos estadounidenses evitan los acuerdos anticompetitivos que puedan ser objeto de persecución penal en aquel país, “una prueba bastante importante del efecto disuasorio que tiene la sanción penal”.

³³⁸ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, pp. 80 y 81: “En EE.UU. muchos acusados de conductas anticompetitivas que confiesan su culpabilidad aceptan penas de multa para evitar penas de prisión y no se conoce caso alguno en el que un individuo haya propuesto cumplir

valorativo de la imposición de sanciones penales a personas jurídicas, por ejemplo, señala *Silva Sánchez* que “en su dimensión fáctica, resultan idénticas a las que podrían imponérselas en vía administrativa (o, como es el caso de las multas, incluso menos drásticas), añadiendo que, “por otro lado, van provistas de una dimensión expresiva –el estigma del Derecho penal- que las diferencia de cualesquiera sanciones extrapenales”. Queda claro que los costes en términos de reputación generados por el proceso penal y la expresión simbólico-estigmatizadora, hacen que el subconjunto del Derecho penal tenga una mayor eficacia intimidatoria.

158. Particularmente interesante es el estudio piloto de *Breland* de 1975, hecho en Alemania y desarrollado con el ejemplo de casos concretos de delincuencia tributaria y de subvenciones. En la encuesta se estudió a 100 personas y su conclusión fue que “las respuestas llevaron en una relativamente alta cuota de retroceso (un 70%) del abanico de preguntas a la conclusión de que tanto la oposición interna (conciencia) como la eficacia intimidatoria de las penas pecuniarias por delitos económicos es muy baja y que solo la certeza de una persecución penal con condena a pena privativa de libertad (de corta duración) que no es remitida condicionalmente, constituye un medio disuasorio eficaz. Junto a ella solo la clausura de la industria o bien la inhabilitación para la práctica de un oficio o profesión tiene una fuerza preventiva de peso importante”;³³⁹ lo que confirma las conclusiones de que la pena de prisión aún tiene el más importante y amplio efecto disuasorio.³⁴⁰

una pena de prisión en lugar de la imposición de una sanción pecuniaria. Se trata de datos de experiencia que se corresponden con la práctica de la conformidad en España, institución que supone la aceptación de la pena por el acusado en sentencia dictada sin juicio oral, mediante la que se trata siempre de evitar el ingreso en prisión o reducir la privación de libertad al mínimo tiempo posible, a costa muchas veces del patrimonio con el que abona la multa y, en su caso, la responsabilidad civil.”

³³⁹ Cfr. TIEDEMANN, *Lecciones*, pp. 273-274.

³⁴⁰ En 2013 se impusieron 608.901 penas en sentencias firmes dictadas e inscritas en el Registro, un 9,2% más que en 2012. El 54,3% de las penas, tanto principales como accesorias, fueron privativas de otros derechos. El 25,4% fueron penas privativas de libertad, el 20,0% de multa y el 0,3% expulsiones del territorio nacional. Entre las penas privativas de otros derechos, la más frecuente fue la inhabilitación especial para empleo (18,3% del total). Entre las privativas de libertad, la más frecuente fue la pena de prisión (25,3%). Se impusieron 153.950 penas de prisión. El 91,6% con una duración de cero a dos años, el 6,7% con una duración entre dos y cinco años y el 1,7% con una duración de más de cinco años. El 34,4% de las penas de prisión recayeron sobre delitos relativos al patrimonio y orden socioeconómico, el 20,1% sobre delitos relativos a la seguridad colectiva y el 13,8% sobre delitos de lesiones. Disponible en Instituto Nacional de Estadística, Notas de prensa, 26 de septiembre de 2014, Estadística de condenados: Adultos/Estadística de condenados: Menores, Año 2013 (<http://www.ine.es/prensa/np863.pdf>).

159. Un nivel de disuasión muy adecuado se puede lograr a través de la combinación de la pena privativa de libertad con la inmunidad o las rebajas de pena que se administran en programas de clemencia (*leniency programs*) por las autoridades de competencia, regulados por los arts. 65 y 66 de la LDC y en la Sección 7ª del Capítulo II del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.³⁴¹ En efecto, los programas de clemencia emulan el juego del *dilema del prisionero* que privilegia a los primeros en acudir ante las autoridades para desvelar la existencia del cartel.³⁴² En la práctica el juego funciona de la siguiente forma: la natural desconfianza de los partícipes en el cartel en la firmeza de sus compinches en el silencio agujijoneará su ánimo para dar el paso adelante y llamar a la puerta de las autoridades y denunciar el esquema anti-competitivo.

“Recordemos que tales programas privilegian a quienes acuden en primer lugar a las autoridades para aportar elementos de prueba sobre la existencia del cartel. Esta institución constituye un claro elemento desestabilizador de los carteles, puesto que aumenta el riesgo de detección. Un análisis riesgo-beneficio permite concluir que cuanto más grave sea la sanción prevista, más deseosos se van a mostrar los partícipes en el acuerdo anticompetitivo de acogerse al programa de clemencia, disponible solo para quienes toman la iniciativa. Alienta asimismo las suspicacias entre los partícipes en el cartel, que no van a poder confiar en la firmeza de la voluntad de los demás (sobre todo si existen rencillas entre ellos y alguno puede actuar con ánimo de venganza), lo que puede motivar que deseen acudir en primer lugar a las autoridades para quedar exentos de pena”.³⁴³

³⁴¹ El programa de clemencia español se inspira en el modelo comunitario, basado en los principios de publicidad, transparencia y contradicción, así como el derecho de defensa; entre otros incentivos destaca la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia tanto por una empresa como por una persona física, la posibilidad de presentar solicitudes de exención hasta la notificación del pliego de concreción de hechos. Respecto de las solicitudes de reducción, tras la notificación del pliego de concreción cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o contenido de los elementos de prueba aportados por el solicitante así los justifiquen, incentivando el aporte de pruebas hasta el final del procedimiento. Las garantías procedimentales ofrecidas son el anonimato al solicitante, la transparencia en cuanto a las condiciones que ha de cumplir para la obtención del beneficio, seguridad y rigurosidad en determinar el orden de recepción de las solicitudes de clemencia, flexibilidad de forma (escrita o verbal), y la principal de ellas, que es la confidencialidad (art. 51 del RDC). Cfr. LÓPEZ GÁLVEZ, “Programa de clemencia y el concepto de cartel”, en CASES PALLARÈS (Dir.) "Anuario de la competencia 2010", Madrid, 2011.

³⁴² Más ampliamente, sobre la teoría de los juegos, BINMORE, *Teoría de Juegos*, Madrid 1994; DIXIT, *Games of Strategy*, New York, London, 1999; VEGA-REDONDO, *Economics and the Theory of games*, Cambridge, 2003; PÉREZ NAVARRO/JIMENO PASTOR/ CERDÁ TENA, *Teoría de juegos*, Madrid, 2004; BARDSLEY [et.al], *Experimental Economics: rethinking the rules*, Princeton, 2010.

³⁴³ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, pp. 96 y 83-84: “La sanción penal (y especialmente la pena privativa de libertad) supone una mejora de la eficiencia del *sistema de clemencia* que existe en este contexto, que premia a los delatores que acudan en primer lugar a las autoridades para denunciar la

160. El dilema del prisionero es un modelo de juego construido en torno a las habilidades policiales para hacer confesar a los detenidos, cuyo equilibrio, determinado por la concurrencia de las mejores estrategias individuales a disposición de cada jugador, es ineficiente en el sentido paretiano,³⁴⁴ pues existen otros resultados posibles en el mismo juego que proporcionarían mayor beneficio que otros. Para entender su funcionamiento, hay que tener en cuenta que se trata de un juego de turno estrictamente simultáneo, ya que cada jugador juega sin haber podido observar la jugada del otro, que se juega una sola vez, con información completa y simétrica para ambos jugadores, sin comunicación posible entre ellos y sin que haya sido posible establecer acuerdos previos ni prever ulteriores castigos disuasorios.³⁴⁵

existencia del acuerdo competitivo. La exigencia de responsabilidad individual puede incentivar la delación entre los miembros del cartel, que querrán evitar la pena de prisión cooperando con las autoridades, desestabilizando así el acuerdo”.

³⁴⁴ Cfr. SAMUELSON/NORDHAUS, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª ed., México, 2010, p. 687, glosario: “Eficiencia de Pareto (u optimalidad de Pareto): Situación en que ninguna reorganización o intercambio podría elevar la utilidad o satisfacción de un individuo, sin reducir la utilidad o satisfacción de otro individuo. En ciertas ocasiones limitadas, la competencia perfecta lleva a una distribución eficiente. También conocida como *eficiencia distributiva*.”

³⁴⁵ Cfr. DIXIT/NALEBUFF, *Pensar estratégicamente*, Barcelona, 1992, pp. 21-23, donde pone el ejemplo del juego del *Vé directamente a la cárcel*: “El director de una orquesta de la Unión soviética (durante la época de Stalin) viaja en tren de Moscú a Leningrado. Sentado tranquilamente en su solitario compartimento, estudia la partitura del concierto para violín y orquesta de Tchaikovsky que tiene que dirigir en Leningrado la semana siguiente. Unos agentes del KGB (particularmente torpes) que le espían desde el corredor sospechan que el director es un agente al servicio de una potencia extranjera y que está consultando un código secreto. Lo detienen y lo conducen a las temibles mazmorras de la plaza Dzerzhinsky: ‘De nada te valdrán tus protestas de inocencia –dicen al aterrorizado director- porque ya hemos detenido a tu cómplice, ese tal Tchaikovsky, y en estos momentos lo estamos interrogando para que confiese todo lo que sabe.’ Efectivamente, un pobre ciudadano sin otra culpa que la de llamarse Tchaikovsky se encuentra igualmente aterrorizado en otra de las mazmorras del siniestro edificio. El KGB no utiliza la violencia para obtener la confesión que pretende, simplemente plantea a cada uno de los inocentes detenidos la siguiente estructura de resultados: si tú confiesas que sois dos espías y el otro no confiesa, a ti te caerá solo un año de prisión, como premio por colaborar con el KGB, mientras que al otro, por recalitrante, le caerán 25 años. Si es el otro quien confiesa que sois dos espías y tú no confiesas, al otro le caerá solo un año, como premio por colaborar con la KGB, mientras que a ti, por recalitrante, te caerán 25 años. Si los dos confesáis nadie será premiado ni más intensamente castigado, os caerán diez años a cada uno. Queda una última posibilidad, que ninguno de los dos confiese, en cuyo caso no tendremos pruebas y solo podremos imponeros tres años a cada uno (una pena adecuada en la antigua URSS ante la ausencia de pruebas)”. Si ninguno de los dos confesara se produciría un resultado conjunto (-3 -3) preferible para ambos al resultado de confesar (-10 -10) y sin embargo la estrategia dominante de cada jugador, aquella que es uniformemente mejor haga lo que haga el otro jugador, es confesar. ¿Cómo se explica esta paradoja? Los dos condenados se encuentran en el gulag y se lamentan amargamente. ‘Nos la jugaron’, se dicen el uno al otro. ‘Si hubiéramos podido comunicarnos nos habríamos puesto de acuerdo para no confesar y habríamos salido con 3 años cada uno en lugar de 10

161. Retomando el tema de los programas de clemencia, “también con relación a los terceros podría plantearse que la existencia de penas de prisión podría hacer disminuir el número de denuncias, pero la experiencia parece demostrar que el mal que la pena implica para el infractor es muchas veces el acicate que mueve al denunciante, quien frecuentemente no transmite la ‘notitia criminis’ por el cumplimiento del deber de colaborar con la justicia, sino precisamente para vengarse”.³⁴⁶ Inicialmente el efecto sobre la voluntad de las personas involucradas en los carteles habría de ser el contrario; o sea, cuanto más dura sea la reacción del ordenamiento frente al individuo, mayor será su interés personal en ocultar el acuerdo o la práctica ilegal una vez realizada. Sin embargo, concordamos con la conclusión a que llega en el sentido de que “quedará la pena de prisión situada como espada de Damocles sobre la cabeza de los interesados y la promesa de su retirada actuará como acicate del *arrepentimiento*”,³⁴⁷ pues de aplicarse el principio de *oportunidad reglada* a través del programa de clemencia con efectos penales, donde se conoce inmunidad o un tratamiento penal favorable, como la rebaja de la pena, conforme a criterios claros y seguros, la pena de prisión tendría un efecto potenciador de las delaciones y auto-denuncias. Además, como pone de relieve el autor, esto podría considerarse como una nueva función de la pena:

“Nos encontramos, pues, ante una función de la pena por ahora ajena a la teorización de sus fines y silenciada por la dogmática al uso. Pero no por ello es irreal. Se trata de una función alentadora de la *autodenuncia* y la *delación* que permite el afloramiento de prácticas difíciles de detectar. Una función endógena desde la perspectiva de la propia justicia penal, que refuerza su eficacia aplicativa y redobla así el potencial de la norma para alcanzar sus fines exógenos, cualesquiera que éstos sean. Lo hace, además, en el caso de la autodenuncia, desestabilizando los carteles (a través de la introducción de la desconfianza entre

cada uno’. Pero en el fondo saben que no es así. Que una vez solos en sus mazmorras no podrían estar seguros de que el otro iba a mantener su compromiso. El acuerdo en la casilla superior izquierda de la matriz sería muy inestable porque el incentivo a traicionar sería muy intenso. En efecto, cada uno prefiere 1 año a 3 años y por tanto cada uno seguirá prefiriendo confesar antes que no confesar. Y si el otro sigue su incentivo a traicionarme, puede pensar cada uno, las consecuencias para mí son catastróficas (25 años). Por tanto, traiciono yo también, aunque sea preventivamente, y sigo mi estrategia dominante. Así, si el otro ha resistido me caerá sólo 1 año y si el otro ha confesado evito que me caigan 25 años y me caen sólo 10”.

³⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 87: “Ejemplos paradigmáticos de ‘soplones’ vengativos son las parejas despedidas y los empleados despedidos, tal y como se ha observado específicamente en la práctica *antitrust* estadounidense y como acontece también en el ámbito de la justicia penal española (recuérdese el caso Gal o el caso Filesa)”.

³⁴⁷ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 87.

los involucrados) y propiciando el reconocimiento por parte del infractor de sus actos y, en el supuesto de la delación vindicativa, a través del encauzamiento en la legalidad de un deseo irracional y criticable, pero muy humano, tan propenso a generar conflictos violentos si se desborda”.³⁴⁸

162. Es cierto que los carteles de núcleo duro son creación de la mente humana y no de la voluntad de entidades abstractas³⁴⁹ y ello redundaría en la idea de que los efectos preventivos de la norma deben focalizarse en las personas físicas, aunque se puedan reservar a las personas jurídicas sanciones administrativas en los supuestos menos graves contra la competencia, como, por ejemplo, en el abuso de posición de dominio en el mercado o los delitos de desobediencia a las decisiones administrativas.

E.4) Efectos preventivos generales de la pena privativa de libertad en los supuestos de carteles de núcleo duro

163. El Derecho penal, por sus efectos simbólicos, constituye un mecanismo que puede generar altos niveles de disuasión que la pena pecuniaria no logra alcanzar - lo que es intuitivo-, ya que la pena de prisión genera más miedo que otras clases de penas y despliega efectos disuasorios muy importantes si tenemos en cuenta la perspectiva de los actores de las colusiones -directivos de alto rango-, para quienes “una multa puede ser concebida como un aceptable ‘precio’ por un comportamiento potencialmente rentable, pero se ha de evitar en todo momento una eventual sanción penal que conlleve privación de libertad”.³⁵⁰

164. Una de las funciones de la norma penal es la *prevención general negativa*, que es exactamente el efecto disuasorio que produce la norma penal en los ciudadanos. Otra de las funciones de la norma es la *prevención general positiva*, que consiste en que la norma penal afirme las convicciones jurídicas fundamentales. Con relación a este aspecto el subconjunto del Derecho penal cuenta con un efecto integrador y catalizador de valores sociales que es una de sus más importantes señas distintivas.

³⁴⁸ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 87.

³⁴⁹ De igual manera con relación a los crímenes de Guerra, según dictamen del *Tribunal Internacional Militar de Núremberg*, 1946/1947: los crímenes contra el Derecho internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas (“Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities”).

³⁵⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 94.

165. Con relación a las colusiones en el entorno continental europeo el ciudadano “no percibe tales prácticas como especialmente nocivas”.³⁵¹ Es teleológicamente más racional en términos preventivos generales negativos la utilización del Derecho penal; sin embargo, con relación a la prevención general positiva habría que atribuir a la norma penal una función educativa con el objetivo de reforzar la convicción ciudadana acerca de la necesidad de sanción penal. No se puede olvidar que asignar a la pena una función de prevención general positiva basada en la transformación de los valores ético-sociales “es difícilmente justificable desde una óptica garantista y democrática que sitúe a la moral en un terreno meta-jurídico. Por ello, el Legislador solo debería utilizar las sanciones penales tras constatar la existencia de un amplio consenso social en el reproche del hecho en cuestión, lo que en el campo de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia exigiría en España de los poderes públicos y de los agentes sociales la difusión de más información sobre la materia y una mayor explicación de las muy perniciosas consecuencias de los carteles para la eficiencia, la innovación tecnológica, el desarrollo económico y el bienestar de todos”.³⁵²

166. Los efectos simbólico-comunicativos que despliegan las sanciones penales son tan intensos y estigmatizantes, que se pueden observar incluso desde el Derecho penal de la segunda velocidad, dado que sigue siendo, al fin y al cabo,

³⁵¹ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 82: “pues bien, la sanción penal de estas conductas transmitiría a la sociedad un mensaje acerca de su lesividad y reprochabilidad. Ello implicaría un cambio en las valoraciones de estos comportamientos que realiza la sociedad española. Ahora bien, la conciencia social sobre la reprochabilidad de la formación de cárteles de núcleo duro no se forma de manera espontánea. Los acuerdos anticompetitivos constituyen prácticas cuyos perjudicados no pueden ser fácilmente identificados. Y claro está, ocurre como en los delitos sin víctima, en los que la conciencia negativa sobre los mismos no se desarrolla de manera espontánea, sino que es consecuencia de una acción del Legislador, normalmente mediante el recurso al Derecho penal. En estas situaciones se afirma que corresponde al Legislador hacer progresar la conciencia social. La criminalización envía una clara señal de que la conducta prohibida en gran medida es reprochable, cosa que ocurre en mucha menor medida cuanto se considera que se trata de una infracción administrativa, que envía el mensaje de que el Legislador considera los acuerdos anticompetitivos como moderadamente desvalorados”.

³⁵² Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas”, p. 83, donde concluye que “una vez formada la opinión pública y siendo entonces constatable el reproche social, los representantes del pueblo español harían bien en criminalizar los carteles, mucho más lesivos que otras conductas penalizadas en los últimos tiempos de forma ciertamente simbólica, no ya por carecer de respaldo en las creencias y valoraciones socialmente compartidas, sino por haberse introducido en el Código penal con un afán político meramente propagandístico, con total abstracción de las posibilidades de aplicación práctica de las normas”.

Derecho penal.³⁵³ Se parte de la presunción de que la puesta en marcha del Derecho penal se percibe socialmente como un asunto serio, pues el valor comunicativo del Derecho penal es superior al del Derecho administrativo sancionador. Para mantener esa percepción ciudadana, se estima que no debe utilizarse el Derecho penal de manera indiscriminada, pues lo que se busca es mantener su capacidad simbólico-comunicativa, que queda preservada siempre y cuándo se aplique la sanción penal a conductas graves y altamente lesivas a los bienes jurídicos de gran importancia social.

Para *Mir Puig* es precisamente este elemento simbólico diferenciador lo que impide extender el concepto de *pena* a las sanciones administrativas, aunque se engloben en él solo las sanciones administrativas graves o el derecho afectado por la sanción sea el mismo que el de una pena. Lo cierto es que los efectos estigmatizadores existen en el ordenamiento sancionador administrativo, pero de forma menos intensa, lo que justificaría la utilización del Derecho penal en este ámbito.³⁵⁴

“La pena de prisión se cita como un elemento especialmente identificativo-comunicativo de los valores que están detrás de las prohibiciones penales, lo que deja fuera desde un principio a la sanción administrativa. Aun en el caso de sanciones no privativas de libertad, seguiría existiendo un intenso contraste entre penas y sanciones administrativas, aunque fueran del mismo tipo y de la misma gravedad. La diferencia estibaría, más que en su contenido –que, como es sabido, puede llegar a ser el mismo en ambas instancias sancionadoras-, en el procedimiento de aplicación.”³⁵⁵

167. Si alguna crítica podría dirigirse a la tendencia de criminalización era la de la inexistencia de la responsabilidad *penal* de la persona jurídica, lo que se relacionaba con seguir utilizando el Derecho administrativo sancionador, a parte de las dificultades con los temas de prevención; con todo, este argumento ha perdido la validez con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en España, como vamos a ver a continuación.

³⁵³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, p. 181: “sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólica-comunicativa propios del Derecho penal”.

³⁵⁴ Cfr. MIR PUIG, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *RECPC*, n.º 06, 2004, p. 14.

³⁵⁵ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 353.

E.5) La responsabilidad penal acumulativa de las personas física y jurídica

168. La posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas³⁵⁶ ha significado un giro copernicano en las estrategias de protección relacionadas con la criminalidad de empresa o empresarial (*Corporate crime*³⁵⁷). No se trata de penetrar a fondo en el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues sería necesario una tesis dentro la tesis, sino dejar sentado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba considerada como un divisor de aguas entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador y hoy día se ha franqueado lo que era uno de los mayores obstáculos a la criminalización de los carteles económicos, la objeción de que con la huida al Derecho penal las personas jurídicas se quedarían al margen del procedimiento sancionatorio³⁵⁸.

³⁵⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (col.)/VARELA (col.), *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Montevideo/Buenos Aires, 2013, cap. V, pp. 243-291, donde trata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. Cfr. también, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, Madrid, 2012; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de la persona jurídica: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación europea*, Montevideo, 2010; ROBLES PLANAS, “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008”, *InDret*, 2/2009; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

³⁵⁷ Cfr. AGUSTINA SANLLEHÍ, *El delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, 2010, p. 51, donde señala que el *corporate crime* es la criminalidad que se dirige hacia afuera, contra bienes jurídicos de terceros, a la diferencia de la criminalidad *en la empresa*.

³⁵⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, *Manuales de Formación Continuada*, 14/2001. Está claro que en ámbitos muy jerarquizados como los de las empresas no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas por delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial lo que culminaría en una *irresponsabilidad organizada* estructurada exactamente para sacarle provecho a esa situación. Sin embargo, llama la atención la circularidad del argumento, pues la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual se computa a favor de la introducción de un modelo de sanciones penales para las personas jurídicas, sin embargo, también se esgrime el argumento de la insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales para sancionar a las personas físicas – que al fin y al cabo, son las que cometen el delito-, una vez que las sanciones pecuniarias aplicadas a las personas jurídicas, por otro lado, también se muestran insuficientes. A nuestro juicio, en los supuestos de cárteles de núcleo duro, como vamos a ver más adelante en el nivel de la racionalidad pragmática, los mejores niveles de prevención se pueden alcanzar a través de la responsabilidad penal acumulativa (persona física y jurídica) aplicada en combinación con los programas de clemencia típicos del Derecho de la competencia.

169. Apartándonos del debate sobre la fundamentación de la necesidad de atribuir a la persona jurídica una responsabilidad penal, la Ley Orgánica 05/2010, de 22 de junio, zanjó la cuestión, pues con la nueva redacción del artículo 331 *bis* CP, se le atribuyó a la persona física una responsabilidad directa acumulativa a la de la persona física y no meramente subsidiaria de ésta.

En lo que aquí nos interesa, vamos a verificar cuáles son los diferentes niveles de exigencia de imputación de las personas jurídicas en los subconjuntos penal y administrativo sancionador, con vistas a aclarar cuál de los dos logra cumplir mejor con las finalidades de protección del bien jurídico³⁵⁹ a través de la verificación de las ventajas o desventajas de cada uno de ellos.

170. En la siguiente tabla se puede verificar cuáles son las principales diferencias en términos de criterios de imputación a las personas física y jurídica con relación a los elementos de la individualización del sujeto activo o autor, la exigencia de elementos subjetivos del injusto, la admisión de responsabilidad solidaria y subsidiaria, y el nivel de garantías procesales y los estándares probatorios.

FIG. 12 - TABLA COMPARATIVA CRITERIOS DE IMPUTACIÓN PERSONAS JURÍDICAS Y FÍSICAS

Derecho Administrativo Sancionador PERSONAS JURÍDICAS	Derecho Penal PERSONAS FÍSICAS
No es necesario una individualización del sujeto activo ni del autor	Es necesario la individualización del sujeto activo (autor, persona física)
Negligencia/voluntariedad – no discriminación entre dolo e imprudencia	Dolo/culpa (con la exclusión de la culpa levísima)

³⁵⁹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 349: “Finalmente, y en cuanto a las personas jurídicas, mi impresión es que los problemas conceptuales de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador son los mismos que en Derecho penal, y ninguno de los dos sectores punitivos del ordenamientos se han resuelto suficientemente”.

Admite la responsabilidad solidaria y subsidiaria	No admite la responsabilidad solidaria ni la subsidiaria
Menos garantías	Más garantías
Estándar de pruebas: bajo	Estándar de pruebas: alto

171. La reforma penal que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica no fue acompañada de la especificación de reglas procesales aplicables a las personas jurídicas, que solo han sido publicadas más recientemente, a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que introdujo reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De todos modos, el estándar probatorio y las garantías procesales del imputado suelen ser más elevados en el ámbito penal con lo cual se le confiere al subconjunto del Derecho administrativo sancionador una ventaja en términos teleológicos, pues las menores exigencias generan a la vez un procedimiento más ágil.³⁶⁰

Por otro lado, si se utiliza el Derecho penal una ventaja es poder imputar conjuntamente a las personas físicas y jurídicas en un mismo procedimiento. Es cierto que de no admitirse la responsabilidad solidaria el Derecho penal exige la individualización de los sujetos activos de la infracción, lo que no es nada sencillo en virtud de la estructura jerarquizada de las empresas y de las delegaciones de competencias que suelen darse en empleados de rango inferior.

³⁶⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión*, 2011, pp. 167-168, donde señala que: “En efecto, estimo posible sostener la idea de que *la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías generales de cada sistema, tiene una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología*. Expresado de otro modo: ni en todo el sistema jurídico debe haber las mismas garantías, ni en todo el sistema del Derecho sancionatorio tiene por qué haber las mismas garantías, ni siquiera en todo el sistema sancionatorio penal tiene por qué exigirse las mismas garantías; pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas (también en el seno del propio sistema del Derecho penal en sentido estricto). En esta línea la minuciosidad propia de la dogmática del delito así como la rigidez de los principios de garantía tradicionalmente vigentes en Derecho penal se hallarían en relación con el hecho de que sus consecuencias jurídicas tradicionalmente las penas de muerte y corporales, y aún hoy una pena tan íntimamente vinculada al ser –y no al estar o tener- de la persona como es la privativa de libertad”.

172. En el seno de las personas jurídicas surgen dos situaciones: a) la persona jurídica tiene el conocimiento y apoya a las personas físicas que optan por la colusión; b) la persona jurídica no tiene conocimiento y las personas físicas actúan en contra de sus instrucciones; por ejemplo, existe un programa de *compliance* en la empresa como refuerzo a la prohibición.

En el primer caso, en el que la empresa apoya a la colusión, la persona jurídica tenderá a compensar a su empleado por lograr aumentar las ganancias o bajar los costes. Otro efecto indeseable es que las multas, en teoría, las pagarían las personas jurídicas, con lo que los efectos disuasorios son nulos con relación a las personas físicas. Además, los costes sancionadores son perfectamente computados en el precio final de los productos o servicios y repercutidos a los consumidores/clientes.

En la segunda situación, las persona físicas actúan sin el conocimiento de la empresa y/o en contra de normas internas o instrucciones que constan, por ejemplo, de los programas de *compliance*. En este caso, es poco probable que la empresa indemnice al directivo, porque habrá actuado en contra de las normas internas de la empresa, aunque el programa de *compliance* no es suficiente para evitar la responsabilidad de la persona jurídica; todo lo contrario, la coexistencia de una infracción muy grave y el programa de *compliance* sugiere, en el peor de los casos, una estrategia cínica y manipuladora, o, en el mejor, una gestión ineficaz. De todas formas, hay que tomar precauciones para que el programa no se utilice como una *cortina (window-dressing)* para oscurecer o esconder la infracción. Además no se debería recompensar a las empresas infractoras por su fallo o ineficacia en cumplir con dichos programas, sino que la idea es que sean implementados después de la infracción y dentro de un periodo de pruebas de la empresa (*corporate probation*).³⁶¹

173. Se advierte, pues, que una comparación entre la responsabilidad penal y administrativa de la persona jurídica en términos de eficacia y eficiencia solo es posible desde la racionalidad pragmática para verificar si se justifica en términos económicos la utilización de una o de otra, lo que haremos en el próximo apartado. Sin embargo, la conclusión a nivel teleológico es la de que el Derecho administrativo sancionador está pensado para las empresas, mientras que el Derecho penal aún no alcanzó la madurez suficiente, pues deja muchos puntos abiertos, en especial por la ausencia de reglas procesales y de definiciones claras

³⁶¹ Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, pp. 312-313.

sobre cómo operar en la práctica. El tiempo podrá definir mejor el papel que juega la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito de los delitos socio-económicos, lo que desde luego no es nada despreciable y puede que hasta supere el protagonismo administrativo sancionador.

F) Paraísos penales y elección selectiva de países donde delinquir

F.1) Elección selectiva de países que no criminalizan los carteles

174. Como señala *Hayek* “el poder legislativo seguirá siendo eminentemente peligroso en tanto en cuanto permanezcamos en el convencimiento de que solo resulta maligno en la medida en que su control caiga en manos de gentes mal intencionadas”.³⁶² La consecuencia de la renuncia a la tutela penal o una fuerte despenalización podría significar la creación de *áreas de impunidad*. Como señala *Silva Sánchez*, “se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de *paraísos jurídico-penales*”. La existencia de paraísos jurídico-penales podría generar una desigual distribución del *riesgo penal* como factor perturbador de la competencia en los mercados.³⁶³ Internacionalmente, para evitar lagunas de criminalización organizaciones tales como la OCDE, la UNCTAD o la OIT incentivan los países a utilizar el Derecho penal contra los carteles de núcleo duro.

“Ya no tiene sentido la afirmación que podría hacerse en el pasado de que el recurso al Derecho penal para hacer frente a las prácticas anticompetitivas podría suponer un aislamiento de España respecto de otros países de la UE. En realidad hoy día ocurre lo contrario, esto es, si no se sancionan penalmente tales comportamientos se corre el riesgo de quedar aislado y ofrecer una imagen de poca contundencia contra estas conductas. En la última década, un numeroso grupo de Estados miembros de la UE ha recurrido a esta posibilidad de criminalizar los ataques más graves a la competencia. Así lo hacen Chipre, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Malta, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia y el Reino Unido. (...) Sería, por tanto, un aislamiento relativo a nivel europeo, porque todavía hay muchos

³⁶² Cfr. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, p. 141.

³⁶³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión*, 2011, p. 92; cfr. FOFANI, “I reati societari nel nuovo codice penale spagnolo del 1995”, *RTDPE*, 1999, pp. 65 y ss. y 86.

Estados que optan por la no criminalización, pero qué duda cabe que el movimiento criminalizador de los carteles se está extendiendo en la UE”.³⁶⁴

175. Hasta 1999 en EE.UU. no se condenaba a no residentes a penas de prisión por delitos contra la competencia. Se prefería la imposición de penas de multa. A partir de aquel año, en el que un ciudadano suizo directivo de la farmacéutica “Hoffman-La Roche” aceptó la condena a cuatro meses de prisión y multa por su participación en el cartel de las vitaminas, los casos en los que no residentes son condenados a penas de cárcel se han ido incrementando y en la actualidad constituye una práctica normal en aquel país.³⁶⁵

176. El principio de territorialidad limita la acción de los órganos policiales y judiciales obligando a que no traspasen la frontera del país donde desarrollan sus actividades, pues toda intromisión foránea está implícitamente rechazada por la propia definición de soberanía del Estado. La macrocriminalidad no solo traspasa dichas fronteras sino que las utiliza -precisa y deliberadamente-, para sus fines. Los problemas que se generan a partir de ahí son variados, como, por ejemplo, tomar declaración a un testigo en el extranjero, realizar actos de investigación o diligencias sumariales, garantizar el cumplimiento de condenas, etc. Para minorar las dificultades se crearon mecanismos como la cooperación jurídica internacional,³⁶⁶ los tratados bilaterales o multilaterales (MLATs) que facilitan la realización de pruebas, el cumplimiento de condenas o la extradición.

“Es tan distinta aproximación ética a la misma conducta la que explica la diferencia entre las legislaciones, el contexto en el que resulta posible que una persona condenada en EEUU a una pena de prisión por lo que allí se considera un grave delito económico pueda residir en la mayor parte de los países de Europa –los que no han criminalizado los carteles- sin temor a ser extraditado (gracias a la *cláusula de doble incriminación*) y sin sufrir rechazo social, aunque los

³⁶⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 97. El autor no incluye los países que criminalizan los carteles en licitaciones, como Alemania.

³⁶⁵ Cfr. JOSHUA “Extradition. Cartels, criminalisation and extradition”, *Competition Law Insight*, septiembre 2003, pp. 21 y ss.; JOSHUA “Extradition. The DOJ’s new foreign policy weapon”, *Competition Law Insight*, 14 de junio de 2005, p. 13; JOSHUA, ARNOLD & WHITE, “Competition Law Enforcement. Criminalisation, cartels, leniency and class actions: a look into the future”, *Competition Law Insight*, 12 de octubre de 2004, pp. 3 y ss.; A. CHÁVEZ, “The carrots and stick approach to antitrust enforcement”, *PLI*, mayo-junio 2007, pp. 743 y ss.

³⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Dir.), SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (Coords.), *Problemas actuales de la justicia penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*, Madrid, 2013.

problemas propios de la condición de *fugitivo* de la justicia norteamericana para los *hombres de negocios* han aconsejado a no pocos de ellos entregarse voluntariamente a las autoridades de EEUU para ser juzgados y para cumplir allí sus condenas”.³⁶⁷

177. Teleológicamente es racional el uso del Derecho penal para uniformar el tratamiento dispensado a los infractores a nivel internacional, con miras a evitar la posible elección por su parte de países donde no se criminaliza la colusión – la denominada elección selectiva de países- y con ello impedir que se logre la impunidad.³⁶⁸ En otros ámbitos es común hablar de *turismo de derechos*, cuando se busca un país donde, por ejemplo, se puede practicar un aborto sin sufrir consecuencias penales, con lo cual se observa una tendencia a comparar las legislaciones penales de los países vecinos en búsqueda de la que atienda a los intereses de la persona. Si ampliamos las miras para las relaciones comerciales internacionales entre empresas llegamos a la conclusión de que, por no existir en Europa barreras penales a la actuación de los carteles internacionales, se facilitaría su actuación, mientras que algunos empresarios se sienten menos cómodos a introducirse en un acuerdo secreto para el cual puedan ver restringida su libertad personal.

178. A continuación pasamos a estudiar el principio de subsidiariedad y la lógica que le es peculiar –la pragmática-. Al final de este nuevo apartado, haremos una breve síntesis de todo el recogido con la inclusión de las conclusiones respecto de la necesidad e idoneidad de pena, para después entrar en el tema de la eficiencia transversal (entre-racionalidades) y, por último, el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, que cierra el análisis político-criminal.

II.3 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD: AJUSTANDO LA REALIDAD A LOS OBJETIVOS O FINES DE PROTECCIÓN

³⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 82.

³⁶⁸ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 78: “Al margen del objetivo estratégico de EEUU en lograr la criminalización en cuanto mayor número de países mejor, para facilitar que les sean extraditados los responsables y dotar así de mayor eficacia a su propio sistema legal”.

A) El nivel externo del principio de subsidiariedad del Derecho penal y la racionalidad pragmática

179. Tradicionalmente el principio de subsidiariedad ha tenido como finalidad determinar la necesidad de pena mediante criterios utilitaristas, lo que se hace a través de un análisis coste-beneficio. El principio de subsidiariedad opera a nivel interno y externo tanto del Derecho punitivo estatal (*ius puniendi*), como del Derecho penal.³⁶⁹

En el *nivel externo del principio de subsidiariedad del Derecho punitivo* se resuelven los aspectos de la ponderación de la posibilidad de control punitivo; a este nivel es racional verificar si se va a acudir al control punitivo o a otro tipo de control no punitivo (se trata de optar entre sanciones punitivas estatales u otros medios alternativos de control social),³⁷⁰ mientras que a *nivel interno del principio de subsidiariedad del Derecho punitivo*, lo racional es buscar cuál es el subsistema de control punitivo que debería intervenir (cuáles son los objetivos de tutela perseguidos, los niveles de garantías necesarios, la aflictividad de la sanción, la eficacia y efectividad de cada técnica sancionatoria, etc.).

Por consiguiente, a *nivel interno del principio de subsidiariedad del Derecho penal*, lo racional es *prescindir de una determinada sanción siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción menos gravosa*; mientras que a *nivel externo* es racional *no sancionar en cuanto quepa esperar similares*

³⁶⁹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 378-380 y 384. Partimos de la misma premisa que el autor, en el sentido de que: "...las construcciones limitadoras del Derecho penal superponen *ius puniendi* y Derecho penal, obviando la existencia de un Derecho administrativo sancionador que conforma una parte esencial del Derecho punitivo. Es por ello que el subsistema punitivo administrativo no debería ser tratado analíticamente junto al Derecho civil o al establecimiento de políticas de prevención en niveles de control primarios, por poner dos ejemplos citados frecuentemente como alternativas menos dañosas al Derecho penal. Más bien, su pertenencia al género común *derecho punitivo* le acerca al Derecho penal."

³⁷⁰ Los medios alternativos a las sanciones punitivas estatales podrían ser: a) la coacción administrativa directa o indirecta, b) las vías de reparación o compensación de carácter civil, c) dejar la solución a la libre interacción ciudadana, d) controles sociales no jurídicos. La coacción administrativa directa o indirecta no representa ejercicio de poder punitivo, pero tampoco resulta factible, ya que no hay como aplicarla cuando no se sabe cuáles son las empresas que están involucradas en una práctica colusoria. Con relación a las dos últimas, hay poca transcendencia en la práctica en virtud del carácter secreto de los carteles de núcleo duro. La alternativa más interesante es la vía de reparación o compensación civil. La tendencia a la utilización de la reparación como tercera vía se nota incluso en la aplicación interna del principio de subsidiariedad e, incluso, hay quienes abogan por su elevación a la categoría de pena o sanción. Con todo, los resultados de las tentativas de privatizar el *antitrust* no han llegado a buen puerto, pues en Europa aún no está desarrollada la cultura de judicialización de las cuestiones de consumo.

(o superiores)³⁷¹ efectos preventivos de la intervención a través de otros medios menos lesivos.

El nivel externo del Derecho penal es bastante similar al nivel interno del Derecho punitivo, aunque no son equivalentes. Es en el nivel externo del Derecho penal donde vamos a desarrollar el ACB de carteles de núcleo duro. Cabe subrayar que no vamos incluir en el estudio las variables del Derecho Civil, Mercantil u otros, pues no son significativas, además de no formar parte del *ius puniendi* estatal y de no estar pensados para prevenir delitos sino para reparar lesiones.³⁷²

180. Las dificultades con las que nos enfrentamos son: a) la escasez de datos disponibles con relación a los expedientes incoados por la CNMC (por ejemplo, la duración estimada de los expedientes, la capacidad resolutoria, la tasa de congestión, etc.); b) la inexistencia de un tipo de injusto de carteles o carteles en licitaciones en el ordenamiento jurídico-penal español (con lo que los datos estadísticos judiciales que vamos a utilizar se refieren a otros delitos); c) las diferentes magnitudes de los ordenamientos jurídicos que se comparan. Lo que haremos, por lo tanto, es una *ponderación* de los costes-beneficios que entran en juego, sin *monetarizarlos*, tarea que quedará pendiente de concreción por un experto con conocimientos en Economía o Economía del Derecho.

181. La misión de la racionalidad pragmática es la de ajustar a la realidad los objetivos o fines identificados por la racionalidad teleológica de conformidad con estándares de *eficacia y efectividad*.³⁷³ Por consiguiente, lo que se busca es verificar cuál es el más eficaz y/o efectivo sector punitivo del ordenamiento jurídico. Un último punto a aclarar es que, en lo que se refiere al resultado del

³⁷¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La aproximación*, 2010, p. 394; PRIETO DEL PINO, *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Cizur Menor, 2004, pp. 286-287, donde señala que se debería prescindir del Derecho penal incluso en aquellos supuestos en los que otros medios de tutela menos invasivos lograran efectos preventivos *no significativamente inferiores*, con alusión a que de no ser así se acabarían confundiendo idoneidad y necesidad.

³⁷² Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones”, p. 19: “en la mayoría de los Estados miembros la vía aplicación privada directa estaba teóricamente abierta, lo cierto es que, hasta hace unos pocos años, se encontraba en una fase de *total subdesarrollo*”. Sobre el tema de la reparación civil de los consumidores *cfr.* ALFARO ÁGUILLA-REAL, “Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia”, *InDret*, Barcelona, 3/2009; y PÉREZ FERNÁNDEZ, “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos *antitrust*”, *InDret*, Barcelona, 1/2013.

³⁷³ Una ley será efectiva (efectividad) básicamente cuando se cumple o bien se hace cumplir, mientras que, por otro lado, será eficaz (eficacia) si con dicho cumplimiento se logran los objetivos perseguidos.

ACB, acudir a un sector del ordenamiento jurídico puede que sea racionalmente *más pragmático*, pero se trata de un parámetro que es solo parte del juicio total de racionalidad que se completa con los ulteriores aportes provenientes, de un lado, de otros niveles de racionalidad (ético y teleológico) y, de otro, del juego conjunto de todos ellos a partir de un juicio general de eficiencia (eficiencia transversal o entre racionalidades), y con la cláusula de cierre del análisis político-criminal respecto de la proporcionalidad en sentido estricto.³⁷⁴ Por lo tanto, la elección a nivel pragmático no determina sin más el sector punitivo al que acudir, como veremos más adelante.

B) Las variables que integran el Análisis Coste-Beneficio (ACB)

182. Para concretar el ACB es imprescindible determinar qué se integra en los costes y qué es parte de los beneficios. A nivel externo del principio de subsidiariedad del Derecho penal suele computarse como *beneficio* el *grado de éxito en la protección de bienes jurídicos*, mientras que se computan como *costes* los derivados de la *aplicación de la pena*; sin embargo, ampliaremos las variables con el objetivo de evitar que dicho principio se vacíe de contenido y se reduzca a una máxima utilitarista inservible para la resolución del problema al que nos enfrentamos. Las variables que utilizaremos se pueden ver en la siguiente tabla.

FIG. 13 - TABLA DE BENEFICIOS Y COSTES DEL ACB

BENEFICIOS PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL	a) Qué sector del ordenamiento es el más efectivo: cifra negra, rapidez, agilidad del proceso, certeza de la sanción, mejor preparación técnica.
	b) Qué sector del ordenamiento es el más eficaz: si la aplicación de la ley logra la protección del bien jurídico, si se cumplen los fines de la norma.
	c) Otros beneficios: aumento de ingresos de la Administración como consecuencia de la imposición de

³⁷⁴ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 376-377.

	<p>multas, disminución de precios de los productos, mejora de la competitividad, aumento de las inversiones en investigación y desarrollo.</p>
<p>BENEFICIOS PARA EL INFRACTOR E INDIRECTAMENTE PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL</p>	<p>a) Nivel de garantías disponible frente al ejercicio del <i>ius puniendi</i> por el Estado (presunción de inocencia, derecho a un proceso justo e imparcial, etc.).</p>
	<p>b) Posibilidad de resolución del conflicto sin acudir a la sanción: principio de oportunidad y programas de clemencia.</p>
<p>COSTES PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL</p>	<p>a) Técnicas de control social preventivas.</p>
	<p>b) Daño provocado por la imposición de sanciones a no infractores.</p>
	<p>c) Coste económico de mantenimiento de cada sistema sancionador, valorando aspectos como la retribución por funcionario, el coste del procedimiento o, en el caso del Derecho penal, el coste por preso.</p>
<p>COSTES PARA LA VÍCTIMA</p>	<p>a) Victimización sufrida (dilaciones procesales, dificultades de cuantificar los daños individuales, etc.)</p>
<p>COSTES PARA EL INFRACTOR</p>	<p>a) Sanción: hay que comprender fundamentalmente el tipo de sanción y su duración, pero también otros costes “colaterales”</p>
	<p>b) Técnicas de investigación: costes para la intimidad –entrada y registro domiciliarios- y para la libertad –detenciones o retenciones, interrogatorios, etc. -.</p>

c) Técnicas de aseguramiento: medidas cautelares y prisión preventiva; costes patrimoniales, si se incautan o aseguran determinados bienes para asegurar el éxito de las pruebas o para impedir la comisión de infracciones.

C) Beneficios para la sociedad en general: efectividad del sistema, eficacia del sistema, otros beneficios sociales

183. ¿Cuáles son los beneficios para la sociedad en general si se utiliza el Derecho penal o el Derecho administrativo sancionador en la lucha contra los carteles? En una primera aproximación se advierte que los resultados están en gran parte condicionados por el hecho de que en España no se utiliza el Derecho penal en este ámbito, lo que hace que el análisis deba efectuarse con un escaso material empírico por la inexistencia de un tipo de injusto de colusión. Sin embargo, nos parece válida la utilización de las estadísticas judiciales disponibles, pues lo que se busca saber es qué ordenamiento jurídico es pragmáticamente más efectivo y eficiente, teniendo en cuenta la configuración que mantienen en la actualidad.

C.1) La efectividad del sistema: una ley será efectiva, básicamente, cuando se cumple o se hace cumplir

184. Para saber si un sistema es *efectivo* hay que verificar si: a) es *ágil* en su aplicación, pues un sistema efectivo actúa con rapidez en la verificación y solución de los casos; b) se aplica al mayor número de casos, lo que significa que la *cifra negra* tiene que ser baja; y c) si *dispone de medios*, pues un aparato burocrático que no dispone de medios humanos y materiales no es eficiente.

“Normalmente las Administraciones públicas se cuelgan las medallas cuando de eficacia en la persecución de infracciones se habla. Sin datos objetivos que la avalen, es casi unánime la opinión de que la estructura o método de actuación de la Administración es más eficaz para la investigación del hecho y la sanción en comparación con los tribunales de justicia. ¿Pero no son la mayor disponibilidad de medios humanos y materiales, por un lado, y las menores o ‘matizadas’ garantías del interesado, por otro, los factores que le otorgan la ventaja? Si es así como parece, la eficacia no proviene realmente de la naturaleza administrativa o

jurisdiccional del órgano, sino de la tendencia innata del Poder Ejecutivo a la concentración de poder y a la supresión de trabas para su ejercicio”.³⁷⁵

Aplicando dichos requisitos a los ordenamientos jurídico-penal y administrativo sancionador encontramos algunas premisas comúnmente aceptadas por los juristas: a) el Derecho administrativo sancionador es más rápido que el Derecho penal; b) la cifra negra del Derecho penal es más alta, y c) el aparato burocrático penal está más congestionado.

185. De ser así las cosas, sería forzoso concluir que el Derecho administrativo sancionador es el más ventajoso en términos pragmáticos. Sin embargo, la forma con que se configura ese Derecho administrativo ofrece mayores riesgos de vulneración de las garantías individuales a cambio de más efectividad.³⁷⁶ Por eso, creemos que merece la pena hacer un análisis más minucioso y detallado de las premisas arriba mencionadas para verificar hasta qué punto son válidas.

186. Las dos premisas que se van a poner a prueba son las siguientes: a) proceso penal = lento; y b) proceso administrativo sancionador = rápido. De ser verdaderas, sería altamente aconsejable el envío del mayor número posible de infracciones al Derecho administrativo sancionador. Como ya se intuye, esta conclusión no es tan pacífica como pueda parecer. Pues bien, para verificar la agilidad de los dos sistemas hay que seleccionar algunos aspectos; de entre ellos, el que nos parece más relevante es el de la *duración estimada* de los asuntos judiciales.

³⁷⁵ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “¿Criminalización de las prácticas?”, p. 84. Se utiliza erróneamente “eficacia”, cuando lo correcto es “eficiencia” en el cumplimiento.

³⁷⁶ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del Derecho penal o una ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador?”, ARROYO ZAPATERO/BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, vol. 1, Cuenca, 2001, p. 1421: “Entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención, dando fe del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. Por el contrario, entre sus desventajas deben evocarse la imposibilidad de imponer la sanción de manera pública, con desmedro en el efecto motivador de las conductas”. Además, se cuenta con la presunción de veracidad del acta del funcionario público, se lleva a cabo de forma predominantemente escrita, etcétera.

187. En las estadísticas judiciales de los años 2009-2013³⁷⁷ la media aritmética de duración estimada de los asuntos en los *juicios de falta* es de 1,80 meses (cerca de 54 días), mientras que en los delitos que se sustancian por *procedimiento abreviado* ante los Juzgados de lo Penal -entre los que se podría incluir un hipotético delito de carteles con pena inferior a 5 años- la duración media es de 9,68 meses. Si pasamos a los resultados del tiempo medio estimado que llevan los asuntos en trámite al final del año tenemos que para los juicios de faltas es de 0,86 meses (o 25,8 días) y para los juicios sustanciados a través de procedimiento abreviado para los Juzgados de lo Penal es de 5,06 meses.³⁷⁸

188. Intentamos hallar datos sobre la duración de los procedimientos relacionados con carteles en las *Memorias de Actividades del ejercicio 2012-2013* de la CNMC,³⁷⁹ sin embargo no contienen información sobre la duración de los expedientes.³⁸⁰ El Consejo ha adoptado resoluciones en relación con 75 expedientes elevados por la Dirección de Investigación; 34 son resoluciones sancionadoras por infracciones de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC y, en su caso, 101 y 102 del TFUE (aproximadamente un 45,3% del total), en las que se han impuesto multas por un total de 454.108.294 euros. Estas resoluciones sancionadoras se desglosan de la siguiente manera: *31 resoluciones relativas a acuerdos entre competidores contrarios al artículo 1 de la LDC y en su caso del artículo 101 del TFUE*; 2 resoluciones por abuso de posición de dominio,

³⁷⁷ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La Justicia data a dato 2013: estadística judicial*, (file:///C:/Users/isa_t_000/Downloads/20160616%20Justicia%20Dato%20a%20dato%202013_v4%20(1).pdf).

³⁷⁸ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La Justicia data a dato 2013*, pp. 91 y 98. Se han sumado los periodos correspondientes a las fases de instrucción y juicio del procedimiento abreviado. Las estadísticas del año 2003-2007 presentaban los índices de 1,84 meses (55 días), para los juicios de falta; 7,5 meses para los delitos que se sustancian por procedimiento abreviado antes los Juzgados de lo penal; y el tiempo medio estimado que llevan los asuntos en trámite al final del año era de 0,88 meses (26 días aproximadamente), para las faltas, y 5,06 meses para los juicios sustanciados a través de procedimiento abreviado; hoy por hoy las faltas tienen una duración estimada más baja, mientras que los delitos que se sustancian por procedimiento abreviado tardan aproximadamente dos meses más en solucionarse.

³⁷⁹ Cfr. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (CNC), *Memoria de actividades 2012-2013*, (file:///C:/Users/isa_t_000/Downloads/CNC%20Memoria%20de%20Actividades%202012-%202013..pdf).

³⁸⁰ Cfr. MOTTA, “On cartel Deterrence and Fines in the European Union”, *E.C.L.R.*, núm. 29(4), 2008, pp. 210-212, donde señala que la duración estimada de los casos de carteles es de 3 años desde la apertura de la investigación hasta la decisión de la Comisión Europea, derivada de una investigación en el periodo de 1996-2007, en la que se tomó en cuenta la fecha de inspección por la autoridad administrativa hasta la fecha de la decisión, dividida por el número de empresas involucradas. Cfr. también HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, p. 303, donde señalan que en el caso de recursos, el tiempo final de un procedimiento, hasta la decisión de la Corte, puede llegar a los diez años.

contrario al artículo 2 de la LDC y en su caso del artículo 102 del TFUE; y 1 resolución por infracción del artículo 3 de la LDC, que prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales. En cuanto al resto de resoluciones, 30 fueron de archivo (el 40% del total), según lo previsto en el artículo 49 apartado 3 de la LDC, por inexistencia de indicios para la incoación de un expediente sancionador. En 5 de los expedientes incoados por la Dirección de Investigación por supuestas prácticas prohibidas por la LDC y el TFUE, el Consejo ha adoptado resoluciones de archivo al considerar que no se había acreditado la infracción en cuestión (expedientes S/0322/11 Microsoft Tech, S/0354/11 Oracle, S/0401/12 Real Federación Española de Automovilismo, S/0408/12 Fundación ONCE y S/0421/12 Mediapro-Derechos Retransmisión de Fútbol). Finalmente, 5 Resoluciones acordaron la finalización del expediente por terminación convencional, según lo dispuesto por el artículo 52 de la LDC: S/0386/11 IONMED Esterilización, S/0348/11 Unión Interprofesional de Madrid, S/0418/12 All Sports Media 66, S/0337/11 Distribuidores CO2 y S/0291/10 Mutuality General Abogacía.³⁸¹

189. Importa subrayar que cabe recurrir a los Tribunales las multas aplicadas por la CNMC, lo que alarga el tiempo de solución del procedimiento administrativo sancionador que, al parecer, no es muy distinto del tiempo de resolución por vía judicial. Lo cierto es que el Contencioso-administrativo tiene una tasa de resolución de 1,4, que está muy por encima de la tasa de 1,0 del Penal; 1,1 del Civil y de las Salas especiales del Tribunal Superior o 0,9 del Social y Militar; sin embargo, también es el Contencioso-administrativo el que tiene la más alta tasa de pendencia y el más alto índice de congestión. Lo cierto es que el Derecho penal está en condiciones de equiparse con el Derecho administrativo sancionador en términos de agilidad dependiendo del tipo de procedimiento que se adopte, pues es *poca la diferencia en términos de agilidad* en comparación con los expedientes incoados por las autoridades administrativas. Hay que poner de relieve que la tardanza en resolver algunos asuntos puede guardar relación estrecha con el número de imputados y con la complejidad, con lo cual el Derecho penal se ve obligado a plantearse una solución más rápida para los macro-procesos, como en el ámbito anglosajón, con lo que habría un importante incremento en términos de costes con la

³⁸¹ Cfr. CNMC *Memorias de Actividades del ejercicio 2012-2013*, pp. 27-28; y a nivel comunitario, COM., *Informe de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Informe sobre la política de competencia 2013*”, COM (2014) 249 final, 6.5.2014, que tampoco informa sobre la duración estimada de los procedimientos incoados por infracción al art. 101 TFUE.

inversión en formación de personal especializado (expertos, jueces, fiscales, técnicos, etc.).

200. Con relación al segundo requisito de eficiencia –una baja tasa relacionada con la *cifra negra*–, se trata de hacer llegar el control penal o administrativo sancionador al mayor número posible de infractores. Cifra oscura o negra (*dark number*) es la ineficiencia que se observa de la diferencia entre la criminalidad real y la criminalidad registrada.³⁸² En este punto suele afirmarse que el Derecho penal es inefectivo porque directamente no se aplica en un gran número de casos. En los supuestos de carteles de núcleo duro esta ineficiencia no se puede constatar en la práctica por la sencilla razón de que en España las conductas de carteles no están criminalizadas; sin embargo, “en la mayoría de las áreas administrativas en que el Derecho penal incide prestando protección reforzada frente a los ataques más intolerables, los órganos que investigan y descubren los comportamientos delictivos son los mismos que los que investigan y descubren las infracciones administrativas”.³⁸³

Lo cierto es que en el ámbito de la criminalidad económica tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador se enfrentan con las mismas dificultades a la hora de investigar los carteles de núcleo duro. Como hemos visto, el Derecho penal cuenta con técnicas de investigación más eficientes para este tipo de delincuencia; singularmente, las escuchas telefónicas y los agentes infiltrados. La conclusión, aquí, es que la ineficiencia podría equipararse en los dos sistemas, pero con la utilización de las técnicas de investigación del sistema penal la cifra negra de carteles de núcleo duro tendría que disminuir, aunque no existan datos empíricos que demuestren esta conclusión.

201. Con relación al tercer argumento –la *congestión* de los aparatos sancionadores–, no es racional el uso de un sistema en el que el volumen de infracciones a resolver rebasa la capacidad de respuesta, lo que torna inviable el

³⁸² Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989, p. 47; CID MOLINÉ/LARRAURI PIJOAN, *Teorías criminológicas*, p. 210, sobre estadísticas y la cifra oscura.

³⁸³ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 410 y 409, donde señala que “la crítica al Derecho penal desde este punto de vista debería venir acompañada de estudios correlativos en el ámbito de la administración, que demostraran un grado menor de incidencia de la cifra negra. Estos datos sencillamente no existen, o al menos no en las áreas más representativas de la potestad sancionadora administrativa: fiscal, laboral y de tráfico automovilístico, por lo que un criterio despenalizador basado en la cifra negra no estaría fundado. En efecto, no sabemos si en la administración hay más o menos cifra negra que en el Derecho penal”.

sistema desde el punto de vista de la efectividad. Se afirma que la falta de recursos humanos y económicos de la Administración de justicia es la verdadera causa de la denunciada congestión. Sin embargo, es precisamente la cifra de los asuntos *menos importantes* donde se localiza el grueso de la carga de trabajo de los jueces penales, lo que se ve muy claramente de las estadísticas publicadas. Sendos sectores son los que más se aproximan de los asuntos que se podrían atender a través del uso de la potestad sancionadora de la Administración, pero “en España, la potestad sancionadora de la Administración ha contado desde principios del siglo XX con un protagonismo innegable y, por más que *la ratio* despenalizadora de la *descongestión de la administración de justicia* se ha trasplantado a España con relativo éxito, no se ha tenido en cuenta la diferencia contextual en cuanto a volumen de derecho sancionador atribuido a la administración pública y a los jueces penales en nuestro país”.³⁸⁴ En efecto, en el año 2013 del total de 8.636.016 asuntos ingresados, 6.304.949 asuntos se encomiendan a los Juzgados de primera instancia/instrucción y a los Juzgados de lo Penal (182.889 a los Juzgados de lo penal, 3.361.556 a los Juzgados de instrucciones y 2.099.653 a los Juzgados de 1ª instancia e instrucción).³⁸⁵

202. Según las estadísticas del año 2013, una de las más bajas tasas medias de congestión es la de la jurisdicción penal (1,2), que prácticamente no tiene índices de congestión significativos, siendo asimismo la que tiene una muy buena capacidad resolutive (1,00), mientras el contencioso-administrativo tiene una más alta capacidad resolutive (1,4),³⁸⁶ pero reúne las más altas tasas de pendencies (1,0) y congestión (2,0).

FIG. 14 - TASAS 2013 - RESUMEN DE JURISDICCIONES - CGPJ

	Resolución	Pendencia	Sentencia	Congestión
Civil	1,1	0,6	0,3	1,6

³⁸⁴ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 412.

³⁸⁵ Cfr. CGPJ, *La Justicia data a dato: año 2013*, p. 33.

³⁸⁶ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 416. A partir de estos y otros datos, las estadísticas judiciales correspondientes a 2007 elaboran unos índices de resolución, pendencia, sentencia y congestión de la jurisdicción penal que aportan los siguientes datos: Resolución (1,00), Pendencia (0,16), Sentencia (0,10) y Congestión (1,16), que la sitúa por debajo de la media de congestión del conjunto de jurisdicciones (1,29), la más alta es del Contencioso (2,29), seguido por las Salas Especiales del T.S. (2,26).

Penal	1,0	0,2	0,1	1,2
Cont. Adm.	1,4	1,0	0,6	2,0
Social	0,9	0,9	0,5	2,0
Militar	0,9	0,4	0,6	1,4
Salas Esp. T. Sup.	1,1	0,1	0,2	1,1
TOTAL	1,0	0,3	0,2	1,3

Fuente: “La justicia dato a dato: año 2013: estadísticas judiciales”, CGPJ, p. 38.

203. Las tasas de congestión penal –que nos interesan a efectos de un eventual tipo penal de cartel-, el índice medio de congestión correspondiente es de 1,2 (contra 2,0 del contencioso-administrativo, lo que representa ya valores elevados de congestión judicial). Sin embargo, el *índice de congestión* del orden penal se situaría en un 1,2; lo que se estima como una *congestión baja a moderada*, teniendo en consideración que el índice medio de congestión es de 1,3, mientras que la capacidad resolutoria gira en torno de un aceptable 1,0, contra el 1,4 de lo contencioso-administrativo. No se puede realizar una comparación, pues habría que obtener los índices de congestión relativos a los carteles económicos incoados por la CNMC, y esto todavía no es posible -ni indirectamente-, pues los datos que constan en las *Memorias de Actividades de la CNMC* no permiten una estimación del índice de congestión del aparato administrativo sancionador de las conductas anticoncurrenciales.

De todas formas, de los datos obtenidos se puede concluir que *el sistema penal resulta más efectivo en términos de capacidad resolutoria*, y en la actualidad se aprecia una baja tasa de congestión del aparato judicial, por lo que las premisas identificadas al inicio no son totalmente ciertas y admiten importantes matizaciones. Es cierto que el Derecho administrativo sancionador es más eficiente, más ágil, pero es el más congestionado. El equilibrio interno de cada sistema depende, en gran parte, de las decisiones del Legislador, de lo que es un buen ejemplo la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que remite al Derecho administrativo sancionador conductas que se podrían resolver a través de los tipos de injusto que se encuentran en el Código penal. El ACB muestra que es más viable la utilización del Derecho administrativo sancionador por tener la más alta tasa de resolución; sin embargo, el criterio de eficiencia debe ser complementado por los parámetros de la eficacia, como vamos a ver a continuación.

C.2) La eficacia del sistema: una ley será eficaz si con su cumplimiento se logran los objetivos perseguidos.

204. Un ordenamiento jurídico *eficaz* implica un beneficio para la sociedad en general y por eso es más racional en términos pragmáticos. Hay que valorar si con unas mínimas condiciones de efectividad, la aplicación contrafáctica de la ley punitiva consigue una eficaz protección de los bienes jurídicos a través del cumplimiento de los objetivos perseguidos con la imposición de la pena o sanción; o sea, si se cumple, o no, con los requisitos de eficacia.

205. La doctrina suele tachar de ineficaz la sanción penal -una amarga necesidad-,³⁸⁷ con la que se logra muy poco al coste de causar mucho daño. Para un sector doctrinal –encabezado por la Escuela de Frankfurt- el Derecho penal es crónicamente ineficaz; principalmente el llamado Derecho penal moderno o del riesgo.³⁸⁸ El reproche se centra, básicamente, en que el Derecho penal moderno no cumple con las finalidades de protección del bien jurídico. A lo sumo, desplegaría solo efectos simbólicos para la sociedad; o sea, se promulgan leyes penales para calmar el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos y no para que sean eficazmente aplicadas en la práctica a los delincuentes.³⁸⁹ Sin

³⁸⁷ Según consta del preámbulo del *Proyecto alternativo de código Penal alemán*, de 1966.

³⁸⁸ Cfr. ROMEO CASABONA, C.M. [et. al.], *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, 2011, p. 4, donde cita los varios tomos de LÜDDERSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, y en Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Irrwege der Strafgesetzgebung*, Frankfurt a.M., 1999.

³⁸⁹ No podemos enfrentarnos con el tema del Derecho penal moderno en el estrecho ámbito de este estudio; sin embargo, remitimos al lector a la argumentación que sigue. Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 422-423: “A estas actitudes frente a un problema esencialmente pragmático se puede oponer las siguientes objeciones: a) la ineficacia del Derecho penal, de ser cierta, se verificaría con carácter general, con lo que la elección de estos supuestos de Derecho penal moderno en los que se centra la crítica supone recortar intencionalmente e ideológicamente la realidad del Derecho penal. Si por razones verdaderamente pragmáticas fuera, habría que despenalizar el tráfico de drogas o los hurtos de baja identidad antes que el abuso de información privilegiada en el mercado de valores o la defraudación a la hacienda tributaria, por ejemplo. Que el Derecho penal no funciona sino en una medida relativamente escasa es algo sobre lo que se viene llamando la atención también en muchos sectores tradicionales del Derecho penal, con lo que renunciar a la tutela penal de los bienes que conforman el Derecho penal moderno no queda justificado con alegar simplemente que el Derecho penal no sirve; b) para los casos en los que se decide llevar las infracciones al ámbito del Derecho administrativo sancionador, creo que se toma, una vez más, la actitud de barrer bajo la alfombra: la doctrina penal no se ocupa de verificar rigurosamente si el Derecho administrativo sancionador va a funcionar mejor que el Derecho penal. En realidad se acude a lugares comunes basados en premisas simbólicas que tienen mucho de axiomáticas: el Derecho administrativo sancionador es ágil, rápido, flexible, eficaz, menos lesivo, etcétera. Ni está comprobado que lo que se predica del Derecho administrativo sancionador sea cierto ni, lo que es peor, interesa en absoluto comprobarlo, porque se trabaja simplemente de puertas

embargo, es exactamente el efecto simbólico de la pena de prisión – paradójicamente, su no aplicación–, lo que haría que se alcanzara el punto óptimo de protección del bien jurídico. En términos de las infracciones anticoncurrenciales de los carteles habría que añadir, como vamos a ver más adelante, que los programas de clemencia permiten, en ocasiones, la no aplicación de la pena o suculentas rebajas como incentivo a la delación de las colusiones, lo que para algunos autores crearía una función de la pena en la que hasta ahora no se ha profundizado.

206. De momento, nos quedamos con que los objetivos o funciones de la pena se pueden analizar desde dos niveles: a) nivel teleológico: ¿qué objetivos queremos conseguir con las sanciones?; b) nivel pragmático: ¿se cumplen dichos objetivos? ¿En qué medida y a qué coste? Como hemos visto, desde un punto de vista teleológico las sanciones pecuniarias son irracionales, pues repercuten en el precio final de los productos y servicios y, además, no impiden la tentación de delinquir, hasta el punto de que en la práctica se constata una alta tasa de reincidencia y una *vida útil* bastante larga de los carteles. La pena de prisión teleológicamente es más adecuada, pues confiere más protección al bien jurídico, pero ¿a qué precio? ¿Se cumplen los objetivos de protección? ¿Qué sistema es el más eficaz?

207. A nuestro juicio, el problema radica básicamente en qué tipo de sanción se debe aplicar a los carteles de núcleo duro, pues las multas administrativas conllevan problemas en términos de eficacia (son eficientes, pero no eficaces). La pena de prisión despliega efectos preventivo-generales muy importantes; por lo tanto, el Derecho penal es más eficaz pero no eficiente. Sin embargo, como ha señalado *Prittwitz*, “no se puede dejar que se desafíe la afilada espada de la pena empleándola en cualquier ocasión insignificante; si se utiliza para cortar madera, fallará cuando el golpe sea realmente necesario”³⁹⁰ En países con monopolio judicial penal, los efectos integradores no se ven más comprometidos que en los países europeos que más han incidido en los procesos despenalizadores.

adentro para construir un sistema penal orientado por determinadas opciones ideológicas, en esta ocasión creo que camufladas en razonamientos pragmáticos fácilmente refutables”.

³⁹⁰ Cfr. PRITTWITZ, “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿*ultima ratio*?”, en ROMEO CASABONA, C.M. [et. al.], *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 443. Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos del Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2012, p. 285: “... la criminalización de infracciones administrativas mina la estigmatización, que es precisamente la característica de la responsabilidad penal que estas criminalizaciones pretenden fomentar”.

“Por ello no me parece que sea del todo serio –y en todo caso, algo de trabajo empírico hará falta para afirmar lo contrario- decir que el ciudadano perderá la perspectiva de los valores fundamentales por el simple hecho de que exista una regulación penal unitaria. En cualquier caso, no creo que los ingleses, los daneses o los irlandeses –donde casi toda la respuesta punitiva está regulada penalmente- tengan menos claro cuáles son los valores fundamentales que los españoles, los italianos o los alemanes, ni que para ellos el Derecho penal sea un asunto menos serio”.³⁹¹

208. Como el sistema penal es el único que puede aplicar sanciones privativas de libertad por determinación constitucional, el ACB es positivo para el Derecho penal en términos de eficacia -el Derecho administrativo sancionador es más eficiente y el Derecho penal es más eficaz-; por eso, a continuación veremos otros beneficios para la sociedad en general.

C.3) Otros beneficios sociales: aumento de ingresos de la Administración, disminución de los precios, mejora de la competitividad, aumento de las inversiones en I+D

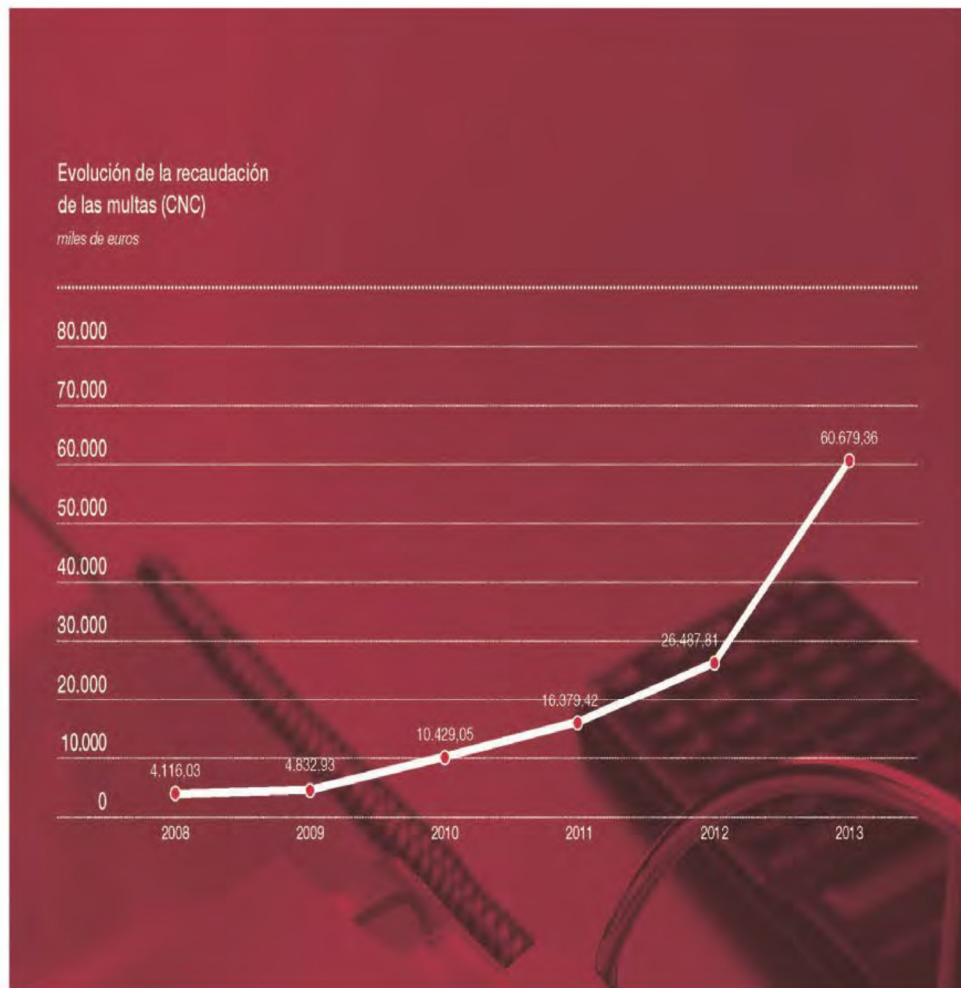
209. Desde luego no es un objetivo del Derecho punitivo el aumento de ingresos de la Administración como consecuencia de la imposición de multas, pero puede computarse como un beneficio para la sociedad nada despreciable en virtud de las multas millonarias impuestas por las autoridades de competencia.³⁹² En el período 2012-2013 la CNMC impuso multas por valor de 454 millones de euros, lo que supone un aumento del 88% con respecto a las sanciones del periodo anterior.³⁹³

³⁹¹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 428. Donde señala también que no existe razón alguna para que el Derecho penal pierda su seriedad –es decir, su eficacia preventiva- si desciende a tutelar otros intereses con otras sanciones, sea a través del Derecho penal de segunda velocidad o del Derecho penal de la intervención.

³⁹² De todas formas, esta reflexión no se puede llevar más allá de ciertos límites prudenciales, pues en caso contrario acabaría primando el fin recaudatorio por encima de la finalidad del sistema punitivo. Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 430, nota a pie de página n. 119: “En España, la sospecha de anteponer intereses puramente recaudatorios con el derecho administrativo sancionador se revela especialmente en la política sancionadora urbanística de los entes locales, si tenemos en cuenta la escasa cuantía de demoliciones practicadas por infracción de la legalidad urbanística en comparación con la práctica común de consumarla tras la imposición de una sustanciosa multa administrativa”. Véase Res. CNC Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler, de 30 de julio de 2013, donde la CNC multó con 35 millones a 17 empresas de alquiler de vehículos por pactar precios.

³⁹³ Cfr. CNC, *Memoria de Actividades - 2012-2013*; y “Competencia eleva las multas en un 88% durante el último año con 454 millones”, *El País*, Economía, edición de 4 de octubre de 2013.

FIG. 15 – EVOLUCIÓN DE LA RECAUDACIÓN DE MULTAS ADMINISTRATIVAS – COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA – PERÍODO 2008/2013



Fuente: CNC – Memoria de Actividades 2012-2013, p. 113.

210. Hay que subrayar que dichos beneficios sociales pueden verse en cierta medida anulados en la hipótesis de que las empresas repercutan el coste de las multas a los clientes/consumidores como hicieron, por ejemplo, las empresas del sector eléctrico en España.³⁹⁴ Por consiguiente, no es de todo correcta la afirmación de que el ACB es positivo para el Derecho administrativo sancionador en ese tema. Por otro lado, hay que tener en consideración que el Derecho penal tiene la capacidad hipotética de imponer multas muy altas y

³⁹⁴ *Cfr.* CNC, “La CNC multa a las cinco principales compañías eléctricas del país”, *Nota de Prensa*, 13 de mayo de 2011; *cfr.* también ÉVOLE, “Oligopoly: El juego de la energía”, *Salvados*, La Sexta, 18 de noviembre de 2012 (www.lasexta.com/videos/salvados/2012-noviembre-18-2012111600028.html).

debería imponerlas, por coherencia sistemática, en un nivel más elevado que el administrativo-sancionador.

211. Con relación a otros beneficios sociales tales como la mejora en la competitividad, evitar los pactos de precios a la alza y la mejora de inversión en investigación y desarrollo para que los productos sean más competitivos, se trata de ineficiencias generadas a partir de la colusión y que se pueden combatir con el Derecho administrativo sancionador y con el Derecho penal. En realidad, los beneficios más bien se relacionan con evitar los perniciosos efectos de los carteles: a) bloqueo al funcionamiento de los equilibrios de mercado; b) pérdida de eficacia productiva y distributiva; c) disminución de las economías de escala (mala relación calidad-precio); d) reducción de la disponibilidad de un producto necesario y aumento de los precios; e) concentración de la riqueza (pocos oferentes controlan un amplio segmento del mercado), f) fijar barreras para que los consumidores accedan a la información sobre los precios de bienes o servicios (limitación de la publicidad), g) reducción o falta de estímulo a la incorporación de nuevas tecnologías (diferenciación en servicios y no en precio); h) obstrucción a la participación de otras empresas; i) uso de acciones ajenas al precio para diferenciar los productos de cada empresa (para no ser detectado); j) eliminación de los incentivos para la mejora de la calidad de los productos o servicios, etc.

212. En un mercado donde operan carteles las empresas independientes tratan de comportarse como un monopolio colectivo produciendo menos y con peor calidad de lo que producirían en competencia sin restricciones, siendo el efecto global el de empujar el precio hacia arriba en beneficio de todo el grupo. La utilización del ordenamiento penal o del ordenamiento administrativo sancionador tiene como objetivo impedir la cartelización y, por consiguiente, dichos efectos, por lo que un sistema que sea más eficiente (más agilidad y con menos impunidad) y eficaz (que cumpla con los fines de prevención) supondría la obtención de beneficios a la sociedad. Así que habría que concluir, al fin y al cabo, que para el ACB resulta más positivo el uso del Derecho administrativo sancionador, una vez que se pudiera impedir la posibilidad de reversión de las multas a los consumidores.

D) Beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general

D.1) Las garantías penales como beneficio y no como coste para el infractor

213. En el ACB de las conductas colusorias habría que buscar lo más racional en términos pragmáticos: una solución que optimice la eficacia o una solución que satisfaga las garantías penales del infractor. La decisión de remitir el castigo de una conducta infractora al orden penal o al orden administrativo sancionador tiene que lograr la más óptima combinación entre eficacia y garantías. En el ámbito de las garantías, es saludable mantener tendencialmente los planteamientos garantistas del Derecho penal; sin embargo, no se deberían observar iguales garantías en el Derecho administrativo sancionador, lo que desequilibraría la balanza demasiado hacia el lado de éstas, en detrimento de la eficacia. Para que convivan con armonía Derecho penal y Derecho administrativo sancionador hay que asumir que este último debe configurarse necesariamente a partir de un estándar de garantías de cuño penalista, pero *menos exigente*. Cuantitativamente, el Derecho administrativo sancionador *derivaría hacia un ordenamiento punitivo bagatelar* y el equilibrio entre eficacia y garantías sería expresado de la siguiente manera:

Derecho administrativo = Menos garantías / Infracciones de bagatela o menor gravedad/más agilidad

Derecho penal = Más garantías / Infracciones de mayor gravedad/menos agilidad

214. Con el criterio cuantitativo se mezclan otros argumentos de orden cualitativo, resultando un criterio mixto o cuantitativo-cualitativo; sin embargo, en términos cuantitativos el mencionado equilibrio no se ve reflejado en los supuestos de carteles de núcleo duro. En efecto, se sanciona más severamente - con penas privativas de libertad- la competencia desleal, la publicidad engañosa, la corrupción privada, etc., mientras que las conductas anticompetitivas de los carteles de núcleo duro, que son las más lesivas de la competencia, son sancionadas por la vía administrativa. La conclusión a que se llega es que hay una perversión de la idea de subsidiariedad en un auténtico *fraude de etiquetas*. Por consiguiente, la fórmula anterior se expresaría de la siguiente manera:

Derecho administrativo sancionador = Menos garantías/Infracciones más graves contra la competencia

Derecho penal = Más garantías/Infracciones menos graves contra la competencia

215. Por otro lado, se da a entender que el Derecho administrativo sancionador es más beneficioso en términos de garantías para los infractores, cuando en realidad esta premisa es falsa. En muchos casos es precisamente el Derecho

penal el que resulta más beneficioso para el infractor, pues exige la observancia de todas las garantías lo que comporta más dificultades para la persecución de las infracciones contra la competencia –y para todas las infracciones en general–, pues exige un estándar probatorio más alto y que se observen principios como la presunción de inocencia, el derecho a no declararse culpable, etc.³⁹⁵ Dicho de otra manera, las garantías penales no son solo formalmente benéficas para los infractores, sino que se materializan en dificultades a la hora de investigar y enjuiciar los carteles de núcleo duro, lo que resulta, en términos económicos, mejor para el infractor.

216. Las garantías penales están pensadas para los supuestos en los que la gravedad de la sanción que amenaza con imponerse implica la afectación de algún derecho fundamental. Por este motivo, no está autorizada la entrada y el registro en el domicilio para averiguar la verdadera situación tributaria del investigado.³⁹⁶ Sorprendentemente, en los ilícitos contra la competencia la entrada y registro en empresas y en el domicilio están permitidas aunque condicionadas a la obtención de la autorización judicial. Se suele decir que, en este ámbito, el Derecho administrativo sancionador es *cuasi-penal* por la gravedad de las sanciones y por lo invasivo que resulta. Se argumenta que la sanción de multa llega a ser más aflictiva que las penas, ya que puede llevar a la insolvencia y quiebra de la empresa.

217. De todo esto, resulta evidente el inconveniente del planteamiento de que el Derecho administrativo sancionador puede contemplar infracciones graves y al

³⁹⁵ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 87, donde señala, en contra de la criminalización de los carteles, que: “la necesidad de respetar determinadas *garantías* en el ámbito penal va a dificultar la persecución de los carteles. Así, el derecho de defensa, el derecho a no declararse culpable o la existencia de estrictos criterios de prueba pueden motivar que no se llegue finalmente a una condena. De esta manera, la sanción penal se va a mostrar claramente ineficaz para la evitación de la formación de carteles”.

³⁹⁶ Cfr. BORNSTEIN, “Los inspectores de Hacienda no pueden entrar sin permiso en las oficinas de las empresas”, 27 de marzo de 2012 (<http://www.cuartopoder.es/luzdecruce/los-inspectores-de-hacienda-no-pueden-entrar-sin-permiso-en-las-oficinas-de-las-empresas/3166>). En este artículo el autor comenta la STS de 25 de enero de 2012 que menciona la jurisprudencia constitucional según la cual: “el ámbito de intimidad que protege la Constitución blindando el domicilio –*mi casa es mi castillo*– trasciende el domicilio particular de las personas, alargando sus tentáculos a la esfera mercantil de sus negocios, por lo que debe darse igualmente el nombre de domicilio a los locales de la empresa cerrados al acceso del público. Quedan fuera de la protección constitucional los almacenes de mercancías o los establecimientos comerciales abiertos a los clientes y proveedores de la empresa, por ejemplo”, y concluye que “la entrada en las oficinas exigirá necesariamente la obtención del consentimiento del empresario o, en su defecto, del oportuno mandamiento judicial”.

mismo tiempo mantener un estándar más bajo de garantías, lo que deviene especialmente peligroso por prestar cobertura a operaciones del Estado eventualmente encaminadas a vaciar de garantías el sistema punitivo, mediante el traslado al Derecho administrativo sancionador de un progresivo mayor número de comportamientos, incluso graves, con una inversión de los postulados del principio de subsidiariedad.³⁹⁷

218. La inobservancia de determinadas garantías en el ámbito administrativo sancionador es, en un elevado número de casos, fundamentalmente un beneficio para el infractor. La traslación sin matices de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador puede resultar más perjudicial para los derechos e intereses del afectado que otras vías más flexibles. Por eso, “dándole la vuelta al planteamiento usual sobre la tensión eficacia y garantías, creo que cabe integrar como beneficio la posibilidad que brinda el Derecho administrativo sancionador de convertirse en medida menos aflictiva para el ciudadano, no tanto por la relativa levedad de las sanciones –presupuesto que se pone en entredicho–, sino sobre todo por evitarle verse molestado por niveles de garantías innecesarios que, además de tiempo y dinero, podrían provocarle gravosos costes en términos de derechos. No hay que olvidar que las tradicionales garantías penales están fundadas en la aflictividad que lleva aparejada toda intervención del poder judicial en la esfera de derechos del ciudadano, y de hecho no tienen sentido sin ella. Creo que la evocación de algunas medidas cautelares penales es ya suficiente para imaginar algunos de estos costes”.³⁹⁸ Sin embargo, lo que hay que hacer es reconducir las infracciones a su sitio adecuado tomando en consideración estas variables.

³⁹⁷ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 439, donde propone la solución a través de la siguiente cláusula de cierre: “Es cierto que la observancia de garantías penales en el Derecho administrativo sancionador puede producir en ocasiones una ineficiencia de costes indeseable, pero, en el extremo contrario, ¿cómo evitar que esta afirmación resulte manipulada precisamente en aquellos casos en los que las garantías o un cierto número de ellas son procedentes? Esto se resuelve en otros países mediante lo que se podría llamar de *garantía de cierre de un sistema de ‘renuncia voluntaria’ de derechos*, cuya virtud fundamental radica en la posibilidad de que el ciudadano sea quien elija qué garantías quiere. Se trata de la solución adoptada, entre otros, por el derecho alemán, portugués y anglosajón, que brindan al ciudadano la posibilidad de interponer en cualquier momento un recurso suspensivo frente a la actuación de la autoridad administrativa con remisión –en todos los casos– a los tribunales penales”.

³⁹⁸ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 436 y 442, donde señala algunas garantías penales que tienen sentido en el ámbito del Derecho administrativo sancionador: “la presunción de inocencia –por más que con requisitos de imputación más laxos–, el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de disconformidad con la resolución administrativa sancionadora, el derecho a alegar en el expediente los medios de defensa oportunos, el efecto suspensivo de las resoluciones administrativo-sancionadoras en caso de recurso de cualquier tipo, etcétera”.

219. En resumen, las garantías cumplen un doble papel en términos de beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general: por un lado, si se considera la agilidad y la menor gravedad de las infracciones administrativas está claro que hay que tener menores garantías y que eso no es un coste para el infractor, sino que es un beneficio por la carga de tiempo y dinero que se le ahorra (por ejemplo: ante la imposición de una multa por aparcamiento en doble fila el afectado no tiene que prestar declaración, no hay que leerle sus derechos, no es necesaria la asistencia letrada, etc.); y, por otro lado, mantenerlas tiene sentido solo para contrarrestar las intromisiones técnicas de averiguación de los hechos y de la culpabilidad del afectado que tiene lugar en un procedimiento penal, o las gravosas medidas cautelares que habrá de soportar.

220. En buena medida, esto debería hacer decantar la opción por el uso del Derecho penal -lo que tiene fundamento en la necesidad de compensar la vulneración de derechos que produce no ya la pena, sino el procedimiento de verificación del delito y las medidas cautelares anudadas a su comisión-, así que en el ACB de las conductas de carteles de núcleo duro hay que computar las garantías penales como un beneficio –y no como coste- al infractor.

D.2) Los ilícitos bagatelares

221. Es irracional en términos pragmáticos subir el nivel de garantías del Derecho administrativo sancionador. De la conjunción entre las variables eficacia y garantías extraemos la conclusión de que habría que acudir al sector más eficaz, salvo que la necesidad de garantías requiera la intervención del Derecho penal. De ahí que en los supuestos de carteles de núcleo duro resultaría racional utilizar el Derecho administrativo por ser más eficaz; al menos este sector del ordenamiento jurídico debe quedarse con las infracciones menos lesivas de la competencia (abusos de posición de dominio, concentraciones económicas, algunos supuestos de competencia desleal, etc.). Esto puede condicionar que se fije un monto a partir del cual el Derecho penal tiene que intervenir, como se hace en los tipos de injusto de los delitos tributarios, en los que se utiliza la técnica legislativa de fijación de las fronteras de intervención entre cada ordenamiento a través de un valor mínimo a partir del cual entra en juego el ordenamiento penal.

D.3) El principio de oportunidad

222. El principio de oportunidad que posibilita renunciar -en cierta medida y con ciertos requisitos-, a la imposición de la sanción, tiene valiosas repercusiones para toda la sociedad en términos del ACB y representa ante todo un beneficio para el infractor.³⁹⁹ Hay que tener en cuenta que el principio de oportunidad funciona de forma muy diferente en un sector y otro del ordenamiento. El principio de oportunidad opera cuando existe la posibilidad real de intervenir; o sea, cuando se ha descubierto la infracción y estando en condiciones de reaccionar el Derecho penal o el Derecho administrativo sancionador. De lo contrario, implicaría confundir principio de oportunidad y cifra negra.⁴⁰⁰

223. Con relación al principio de oportunidad en el ámbito administrativo sancionador, se advierte un fenómeno relacionado con las autoridades de competencia que se denomina *captura* y que resulta en que, pasado algún tiempo, los órganos reguladores de la competencia se convierten en los principales defensores de los monopolios, por eso se dice que son *capturados*, pues acaban por defender a los monopolios frente a los consumidores. Este fenómeno no es tan común con relación a los carteles secretos, pero hay que mencionarlo pues se trata de un factor a tener en cuenta en el ACB.

“No es muy complicado entender esto. Simplemente basta pensar que los miembros de estas comisiones son seres humanos que están preocupados por su carrera profesional, que normalmente, deberán desarrollar después de acabar sus

³⁹⁹ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, p. 68: “Lo que es tanto como decir que oportunidad equivale a discrecionalidad, no a arbitrariedad. Y hay que recordar aquí que la discrecionalidad es controlable en vía jurisdiccional. Dentro de qué límites ha de moverse esa discrecionalidad es cuestión que ha de resolver la jurisprudencia, pero como principios liminares puede aceptarse, con Nieto, que la regla general es la obligación de la Administración de justificar sus razones para perseguir en un contexto de tolerancia, ya que de otro modo quedaría en entredicho la igualdad jurídica de los ciudadanos. Precisamente esta misma consideración nos obliga también a rechazar la tolerancia en favorecimiento, así como la no persecución cuando haya interesados en la misma que así lo soliciten”; Cfr. NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, p. 132: “O lo que es lo mismo: la administración no está obligada por ley a castigar sino que simplemente se le autoriza a hacerlo”.

⁴⁰⁰ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 450: “Hay que advertir frente a la suplantación del principio de oportunidad por la mera dejadez administrativa o la imposibilidad de tramitar las infracciones, con la eventual intervención aleatoria y por ello injusta que suele provocar. En este sentido, me parece que se confunde el fundamento del principio de oportunidad cuando, como creo que hace Nieto García, se utiliza para prestar resignada cobertura a una realidad incontestable: en efecto, no existe posibilidad real de hacer frente a todas las infracciones que se identifican y por eso hay que seleccionar unas pocas -el uno por mil- en las que centrarse”.

mandatos. Y poca carrera tiene si se preocupan de los consumidores. La ‘captura’ por supuesto no es vivida por estos individuos como algo tan burdo y crematístico. Aunque entre los reguladores puede haber –y los hay- corruptos, la mayoría de las veces la identificación con el interés de los monopolistas se produce de forma espontánea, surge del contacto diario, de un sentimiento tan legítimo y natural como no querer llevarse mal con nadie, especialmente con los que está tratando uno todos los días. Por eso quizá sería más correcto hablar de la “seducción” del regulador que de la “captura”, que sugiere una violencia que en la vida real no se produce. El mundo de los defensores del interés general no es tampoco pacífico. Nada más común que las peleas burocráticas por quedarse con los asuntos relacionados con la competencia entre los ministerios, los órganos generales de competencia y los reguladores sectoriales, por no hablar de las peleas entre los distintos niveles de gobierno, como en Europa entre las autoridades comunitarias y las locales. A veces esto genera una rivalidad positiva entre administraciones que produce nuevas ideas, pero la mayor parte de las veces estas disputas son utilizadas por los monopolistas para escoger (fórum shopping) aquella administración que les trate mejor”.⁴⁰¹

224. Otro factor importante que deber ser tenido en cuenta en el ACB de los carteles es la inestabilidad institucional de los órganos de competencia que se genera a partir de las presiones políticas que se pueden ejercer a los miembros que los componen. Un ejemplo conocido fue la sonora advertencia que la, en su momento, Vicepresidenta de la Comisión Europea *Neelie Kroes* dirigió al Ministro de Industria español con relación a una posible falta de independencia del nuevo órgano que se creó en España, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia –CNMC, órgano que fusionó varios organismos reguladores, de entre ellos la Comisión Nacional de Competencia - CNC.⁴⁰² De ahí se concluye que el Derecho administrativo sancionador se ve condicionado por influencias internas y externas que pueden comprometer el buen uso del principio de oportunidad, lo que podría suponer un coste social en el caso de que no actuara.

⁴⁰¹ Cfr. FERNÁNDEZ ORDOÑEZ, *La competencia*, Madrid, 2000, pp. 34-35; y MAHIQUES, *Cuestiones de política criminal y derecho penal: modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado*, Argentina, 2002, p. 66: “De acuerdo con la experiencia de una buena parte de los países de Europa, es lícito dudar de la eficiencia e imparcialidad de la Administración pública, o al menos de algunos de sus estamentos”.

⁴⁰² Cfr. “Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores”, *El País*, Economía, edición de 24 de febrero de 2013: “Junto con la Comisión, los expertos afirman también que a cambio del dudoso ahorro procedente de la fusión, el proyecto dejará como herencia un modelo que no existe en ningún otro país y que abre interrogantes en lo tocante al problema de captura del regulador: una influencia sospechosa de los grandes operadores, y por lo tanto problemas de falta de independencia que Kroes quiere cortar de raíz” (http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html).

225. El principio de oportunidad se enlaza con los programas de clemencia en los que el infractor que denuncia el cartel puede obtener desde una reducción de pena hasta la exención total de la responsabilidad –incluso penal-, sin que ello se traduzca en costes adicionales para la sociedad, pues el infractor se obliga a suministrar informaciones y pruebas sobre el cartel, además de tener que ayudar en la investigación y persecución del mismo. Por lo tanto, el ACB es favorable al Derecho administrativo sancionador donde se puede utilizar el principio de oportunidad sin generar costes adicionales a la sociedad, siempre que se confiera un cierto nivel de autonomía a los órganos administrativos para que puedan ejercer bien sus funciones.⁴⁰³

E) Los costes del sistema punitivo para la sociedad en general, para las víctimas y los infractores

E.1) Los costes para la sociedad en general: sistemas de vigilancia, el castigo de inocentes y el coste económico de mantenimiento del sistema punitivo

226. Respecto a los costes para la sociedad, hay que analizar tres factores: a) los costes de los sistemas de vigilancia; b) el coste para la sociedad cuando se castigan inocentes y c) el coste de mantenimiento del sistema punitivo penal o administrativo sancionador.

227. En cuanto a los sistemas de vigilancia, el tema no tiene mucha trascendencia práctica, pues lo característico de los carteles de núcleo duro es la clandestinidad y el secreto. Además, los *costes globales preventivos* (videocámaras, registros en los aeropuertos, etc.) reflejan un modelo de seguridad ciudadana que no diferencia entre las instancias punitivas penal o administrativa sancionadora –ni lo pretende-, así que los costes se distribuyen igualmente entre ellos.

⁴⁰³ Cfr. HARDING/JOSHUA, *Regulating cartels*, p. 304, donde señala que la Comisión aplica el principio de prioridad aprobado en la *Automec II*, de 1992, para no tener que investigar todos los casos que llegan a su conocimiento, incluso si hay *prima facie* indicios de una infracción. Sin embargo, advierten los autores que la utilización indebida de la selectividad importa en reducir el potencial disuasorio de la sanción. Eso es una señal de que el procedimiento administrativo sancionador está judicializándose, pues deja de ser un modelo consensual y negociado, adoptando un procedimiento más riguroso y con más garantías, basado en el sistema adversarial.

228. En la detección de los carteles se suelen utilizar encuestas espontáneas e investigaciones de la Comisión, descubrimiento a partir del conocimiento de otros carteles (*follow-on*), denuncias de clientes o competidores, adhesión a programas de clemencia y el sistema de notificaciones compulsorias (que ya no se utiliza en la actualidad). Así que no hay básicamente un coste de implementación de un sistema de vigilancia, sino costes relativos a la investigación.

229. Con relación al castigo a los inocentes, es empíricamente difícil de comprobar y de medir. En el ámbito de la protección de la competencia podemos analizar lo que se denomina *falso positivo*. En lo que se refiere a los carteles de núcleo duro, el falso positivo tiene muy escasa probabilidad, pues el riesgo es obviamente menor cuando estamos ante prácticas que son inequívocamente restrictivas de la competencia, las prácticas ilícitas *per se*, que cuando se trata de conductas “que pueden tener tanto efectos pro-competitivos como anti-competitivos (caso, por ejemplo, de la mayoría de las restricciones verticales o de las prácticas unilaterales), las cuales únicamente estarán prohibidas cuando, a la luz de las circunstancias concretas de cada caso, la autoridad de competencia concluya que prevalecen los efectos anti-competitivos”.⁴⁰⁴

El error, en los supuestos de carteles de núcleo duro, solo puede afectar a la concurrencia de los hechos; por lo tanto, se trata de la apreciación de las pruebas relacionadas con los hechos y no de la apreciación sobre la ilicitud de la conducta o su calificación como restrictiva de la competencia. Básicamente, la conclusión a que se llega es que hay una equiparación de los costes del castigo de inocentes en ambos subconjuntos; sin embargo, hay una pequeña diferencia en lo que se refiere al subconjunto del Derecho administrativo sancionador que tiene correlación con el nivel más bajo de garantías, pero que en el ámbito de la protección de la competencia no suele ser significativo.

230. El que tiene más importancia con relación al ACB es el coste económico de mantenimiento del sistema punitivo. La diferencia más notable es que la mayor parte de las sanciones administrativas aportan dinero al Estado, mientras que las penas privativas de libertad cuestan demasiado. Para el cálculo de los costes económicos habría que tener en cuenta muchas variables; entre ellas, las diferencias de la remuneración de los funcionarios administrativos en

⁴⁰⁴ Cfr. ALLENDESALAZAR, “Posibles reacciones”, pp. 31-32.

comparación con los funcionarios que trabajan en el Poder Judicial y Fiscalía, qué cantidad de medios humanos y materiales necesita habitualmente cada sector del ordenamiento sancionador para la investigación y persecución de las infracciones, etc.

No se trata, en los estrictos límites de esta investigación, de traducir en valores monetarios estos costes; con base en los datos sobre el coste por preso ya se llega fácilmente a la conclusión de que el Derecho administrativo sancionador es más ventajoso por ser menos costoso que el Derecho penal de la prisión.⁴⁰⁵ Si no se utiliza la pena de prisión, entonces muchos de los costes para la sociedad serían iguales o muy próximos en ambos ordenamientos jurídicos. El ACB, por lo tanto, es positivo para la utilización del Derecho administrativo sancionador con relación a los costes que la sociedad en general tiene que soportar derivados del sistema punitivo penal.

E.2) Los costes para la víctima o perjudicado de la infracción

231. El tema de la victimización no es trascendental en el ACB de los carteles de núcleo duro, pues se trata de un tipo de delincuencia en la que la víctima difícilmente se puede enterar de lo que le está pasando. Tampoco es común en este tipo de delincuencia la llamada *pena de banquillo* en la que la víctima es llamada a declarar y eso se traduce en costes aflictivos, como por ejemplo la confrontación con el agresor, una publicidad no deseada del delito sufrido, etc. Singularmente, no se observan los efectos de la victimización –tanto primaria como secundaria- en las víctimas de este tipo de delincuencia, pues como se trata de un delito que se comete en contra de un número indeterminado y difuminado de personas –los consumidores- y con escasa posibilidad de

⁴⁰⁵ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, pp. 455-456: “Para ello voy a tener en cuenta el coste por preso. Si atendemos a esta magnitud, se deduce que dicho coste muestra una tendencia a aumentar progresivamente, ya que tanto los últimos estudios publicados, como las estadísticas de la Dirección general de instituciones penitenciarias, demuestran un aumento significativo de población reclusa. De los últimos estudios disponibles se desprenden, con datos de 2004, un coste anual por recluso de 13765 euros. Si tenemos en cuenta que en ese año la población reclusa ascendía en España a 58.655, el coste del sistema penitenciario, atendiendo solo a los reclusos, superó los ochocientos millones de euros. Se trata sin duda de un coste excesivo. Ello no supone por lo demás un dato favorable a la intervención del Derecho administrativo sancionador, o al menos no tiene por qué serlo de forma directa; no obstante, como mínimo debería servir para plantearse la pertinencia de optar por en Derecho penal menos carcelario. Sin duda, el Derecho penal de la prisión sale muy caro en España”.

consciencia del daño económico que están sufriendo, no hay como computar costes de victimización en el ACB de los carteles.⁴⁰⁶

E.3) Los costes para el infractor: el daño infligido por la sanción, por las técnicas de investigación y por las medidas de aseguramiento

232. Los costes para el infractor vienen dados por tres variables: a) la sanción: el tipo y su duración, pero también otros costes colaterales, como el grado de estigmatización producida antes (pena de banquillo), durante y/o después de la imposición de la sanción (dificultades de reinserción social); b) las técnicas de investigación: costes para la intimidad y para la libertad; c) las medidas de aseguramiento: daño causado a la libertad o al patrimonio por las medidas cautelares.

233. En cuanto al tipo de sanción o duración, pocas dudas hay de que el Derecho penal por ser el sector más aflictivo, dado que hace uso de la pena privativa de libertad, conlleva mayores costos al infractor, principalmente si se toma en consideración que la criminalidad de los carteles de núcleo duro tiene como sujetos activos a altos directivos de empresas para quienes la pena de prisión puede ser especialmente potente por los efectos estigmatizantes.

“Es difícil cuantificar en dinero el tiempo que una persona pasa privada de libertad o el estigma asociado al ingreso en prisión o a la condena penal. En el caso de los hombres de negocios de alto nivel, la amenaza de la pena de prisión es probable que sea especialmente potente. Es cierto que no existe ningún estudio empírico acerca del grado de intimidación de dicha pena para los ejecutivos de las empresas. Sin embargo, no se puede decir que sea este un motivo concluyente para excluir la imposición de dicha pena, porque tampoco existen tales estudios respecto de otros delitos. Desde luego que lo ideal es que existan estadísticas sobre el tema, pero el hecho de que no las haya no significa que se tengan que despenalizar todos los delitos en los que ello ocurre. Como venimos diciendo, la amplia experiencia de los Estados Unidos ha dejado claro que los ejecutivos evitan en todo momento acuerdos anticompetitivos que puedan ser objeto de persecución penal en aquel país, una prueba bastante importante del efecto disuasorio que tiene la sanción penal”.⁴⁰⁷

⁴⁰⁶ Tampoco se pueden trasladar estos costes a la víctima como posibilidad de autoprotección (como en algunos supuestos de competencia desleal, por ejemplo). Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, “Los delitos de peligro como técnica”, p. 127.

⁴⁰⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 95.

234. Sin embargo, son las sanciones pecuniarias las que más se aplican cuando de la protección de la competencia se trata. Por lo que respecta a las multas, el Derecho administrativo sancionador es, *a priori*, más aflictivo que el Derecho penal; las sanciones administrativas son más elevadas que la mayoría de las multas penales –calculadas con base en días-multa-. Sin embargo, básicamente no se aplican a las personas físicas.

Por otro lado, nada impide que las multas penales se apliquen en los mismos estándares que las administrativas; por ejemplo, si se impone la sanción de multa del triple del beneficio estimado. Con relación a las sanciones privativas de derechos, ambos sectores punitivos se igualan, pese a que solamente en el sistema penal se cuenta con la pena de inhabilitación absoluta. Ambos ordenamientos pueden utilizar la pena de inhabilitación especial, pero el Derecho penal sigue siendo más aflictivo por los costes que suponen las técnicas de investigación y el procedimiento de imposición de las sanciones.

235. Como hemos visto, el Derecho penal y las garantías penales son un beneficio para el infractor. En términos de sanciones pecuniarias aplicadas penalmente, hay que subrayar que en caso de impago las penas se convierten en sanciones privativas de libertad, lo que sin duda se computa como un coste para el infractor. Hay que poner de relieve que “pese a la seriedad que presta la amenaza de una conversión de multa penal en pena de prisión en caso de impago, en ocasiones la considerablemente menor cuantía de las sanciones penales respecto a las administrativas haga preferible –paradójicamente, aunque no tanto en determinados ámbitos de delincuencia socioeconómica- el recurso al Derecho penal, antes que enfrentarse a las draconianas multas administrativas”.⁴⁰⁸

En la actualidad se observa una tendencia de búsqueda de elementos estigmatizantes por el Derecho administrativo sancionador, como se evidencia, por ejemplo, con las listas de *antecedentes administrativos* en materia de tráfico automovilístico o infracciones contra el medio ambiente; pese a ello, los efectos estigmatizantes del Derecho penal siguen siendo más potentes y más obvios. Con todo ello, la conclusión a que se llega es que el daño infligido por la sanción penal es un coste para el infractor, incluso cuando se aplican sanciones pecuniarias.

⁴⁰⁸ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 459.

236. Con relación a las técnicas de investigación, suponen un importante coste para el infractor en términos de intromisiones en derechos fundamentales tales como la intimidad (la entrada y registro en inmuebles, las intervenciones de las comunicaciones) y la libertad (detenciones o retenciones, interrogatorios, etc.). Otra vez, el sistema penal es, sin lugar a dudas, más intromisivo y por eso conlleva más costes para el infractor.

“El Derecho administrativo sancionador no funciona con técnicas de una naturaleza tan intromisiva en derechos fundamentales como el Derecho penal. De hecho, el único recurso con el que cuenta en el ámbito de la investigación de los hechos infractores es la coactiva técnica punitiva de las ‘sanciones por falta de colaboración’. Es decir, los funcionarios de la administración, al margen de ciertas actividades de inspección –por ejemplo, en centros de trabajo para verificar el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo-, no cuentan con la posibilidad de autorizar escuchas telefónicas, ni tampoco de registrar un domicilio a la búsqueda de ciertas infracciones, sino que todo lo más procede a solicitar la colaboración del presunto infractor, negada la cual se impondrá una sanción. Se trata de una técnica que el Derecho penal también emplea allí donde no está dispuesto a utilizar técnicas de averiguación de los hechos especialmente aflictivas para los derechos fundamentales; así, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad del tráfico, ante la negativa al sometimiento de una prueba de alcoholemia, no se procede a la práctica forzosa de la prueba –atentado a la dignidad humana- sino que prefiere imponerse una sanción simplemente por la ‘falta de colaboración’”⁴⁰⁹.

237. Sin embargo, se constata un aumento de la capacidad invasiva de la Administración. Así ocurre, por ejemplo, con las denominadas ‘retenciones administrativas’ a que están facultados los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, aunque la técnica de aseguramiento que representa mayor coste para el infractor sigue siendo la prisión preventiva del Derecho penal. El único supuesto en el que la Administración utiliza la privación de libertad es en la inmigración irregular, donde está facultada para privar cautelarmente de libertad a ciudadanos extranjeros para asegurar el procedimiento de su expulsión;⁴¹⁰ sin embargo, no se puede imaginar un supuesto de carteles de núcleo duro donde quepa tal tipo de privación de libertad por la Administración. Al margen de la privación cautelar de libertad en vía administrativa a determinados ciudadanos extranjeros, en cuanto a las medidas cautelares no hay muchas diferencias entre los dos subconjuntos, que emplean el comiso como medida cautelar.

⁴⁰⁹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 462.

⁴¹⁰ La privación cautelar de libertad está prevista como sanción sustitutiva en el art. 57 de la Ley 4/2000.

III. LA DIMENSIÓN TRANSVERSAL DE LA EFICIENCIA

III.1 INTRODUCCIÓN

238. Si hasta ahora hemos visto que los problemas político-criminales pueden resolverse –o, cuando menos, plantearse- adecuadamente si los ubicamos en diferentes niveles de racionalidad, llega el momento de canalizar todo el debate hacia una propuesta final –en suma la decisión más eficiente- que aúne y compense las exigencias de cada uno de los niveles. La eficiencia, por consiguiente, se aplicará en su dimensión transversal permeando las racionalidades ética, teleológica y pragmática. La decisión más acertada tiene que ser la más eficiente, entendiendo por tal la que maximice mejor los contenidos y exigencias de cada nivel de racionalidad y la que sea más equilibrada desde las consideraciones que se desprenden de un análisis global, de suerte que la eficiencia sea una cualidad exigible a cada una y al conjunto de ellas.⁴¹¹

A) La eficiencia que permea las racionalidades

239. Como hemos visto, hubo una época en la que los carteles económicos eran permitidos e incentivados como parte de una política de premio de las empresas con vistas a estimular la competitividad en el mercado exterior. Con la creación del mercado común europeo y la congregación de países en la UE, la nocividad de los carteles, principalmente la de los de núcleo duro, se tornó evidente y hoy día no cabe ninguna duda de que causan graves daños a la economía, son los más importantes ataques a la competencia y generan ineficiencias en el mercado; tanto es así, que están prohibidos por la totalidad de sistemas jurídicos y criminalizados en algunos de ellos.

240. Por ese motivo, se entiende que la colusión empresarial es éticamente reprochable, pues implica una disminución patrimonial a los consumidores, lo que equivaldría a un delito de hurto o estafa. Con todo, creemos que la no

⁴¹¹ Cfr. RANDO CASERMEIRO, *La distinción*, p. 513: “Es mérito de ATIENZA el haber localizado el lugar analítico que corresponde a los problemas de eficiencia”; Cfr. ATIENZA, *Contribución*, pp. 93-94 y DIEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, p. 96.

utilización del sistema penal en este ámbito está relacionado con una paradoja que se ubica en una cuestión más amplia, que es la de la ineficiencia e injusticia del sistema penal.

B) El poder disuasorio del Derecho penal en jaque

241. Algunos autores, entre ellos *Robinson*, colocan en jaque el poder de disuasión del Derecho penal, pues incumpliría los siguientes prerequisites: a) conocimiento de la regla legal; b) capacidad y disposición de que tal conocimiento influya en la toma de decisiones; y c) percepción de que la amenaza de pena excede el beneficio a obtener con el delito.

La cuestión de la poca disuasión que el Derecho penal viene generando tiene que ver con que “los delincuentes potenciales normalmente no conocen las reglas legales, ni directa ni indirectamente, ni siquiera aquellas que se han formulado explícitamente para influir en su conducta. Cuando las conocen, tampoco pueden o quieren que tal conocimiento guíe su conducta en su propio beneficio, un fracaso que tiene sus raíces en una pluralidad de influencias sociales, situacionales o químicas. Incluso si conocen las reglas y son capaces de considerar tal información en la toma de sus decisiones, las conclusiones del análisis coste-beneficio que realizan habitualmente les llevan a preferir la infracción antes que la conducta legal, bien porque la probabilidad percibida de sanción es muy reducida, bien porque es tan lejana que se descuenta ampliamente, bien por otras razones o una combinación de éstas”.⁴¹²

El fracaso del Derecho penal estaría, en la visión de este autor, fuertemente unido al fracaso de la pena de prisión, que no se aplica, que se aplica tardíamente, que no detiene al delincuente, que no inhibe la voluntad de delinquir, en suma, que no impide el delito porque no disuade.

En España del total de 64.000 reclusos, los que están por delitos socio-económicos son 615, menos del 1% del total, siendo 87 por blanqueo de capitales, 300 por apropiación indebida, 50 por alzamiento de bienes, 150 por delitos contra

⁴¹² Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos*, p. 99, donde el autor concluye que “la práctica estándar de formular las reglas relativas a la responsabilidad y sanción penal para optimizar el efecto disuasorio es indefendible, dado lo poco común que resulta que la formulación de tales reglas tenga el efecto pretendido en las decisiones sobre el delito”.

la Hacienda pública, 12 por fraudes a la Seguridad social, otros 12 por contrabando y 4 por delitos societarios.⁴¹³

La dureza de la pena, continua el autor, es minimizada porque tiene lugar en un futuro lejano, e “incluso si la dureza restante siguiera percibiéndose como suficiente, ésta no tendría efectos disuasorios si la probabilidad de sufrirla se percibe como mínima (los carteristas hurtando al público que asiste al ahorcamiento de un carterista ilustran este punto)”.⁴¹⁴

242. De ese modo, el delito socio-económico, principalmente el abuso del poder económico y político, correspondería en el ideario social a un negocio muy rentable, seguro y con poquísimos efectos colaterales; mientras que la cárcel está reservada a los más pobres.⁴¹⁵ Por otro lado, la crisis económica ha generado un cambio en la percepción ciudadana acerca de la situación; la impotencia del Derecho penal está repercutiendo en el mantenimiento de las conquistas del Estado de Bienestar, lo que se refleja en los autos dictados más recientemente.

“El auto, del que fue ponente Jesús Fernández Entralgo, sigue desgranando por qué Bocanegra debe entrar en prisión. Señala que defraudar a Hacienda impide o dificulta que las capas sociales más desfavorecidas ‘tengan acceso a la educación, a la sanidad, a la vivienda’: ‘El defraudador fiscal —frente a una extendida opinión— no merece comprensión. Adopta una actitud insolidaria; rompe, en mayor o menor medida, el contrato social y, en una proporción alícuota variable, está contribuyendo a la quiebra de aquel Estado asistencial’”.⁴¹⁶

243. Lo cierto es que se notaba una cultura de tolerancia hacia los delitos socio-económicos; estaba muy diseminada la idea de que la gente podría incumplir sus obligaciones, que no iba a la cárcel e incluso se llegaba a pensar que “defraudar a Hacienda era casi un deber ciudadano”.⁴¹⁷ El aumento de 63% de

⁴¹³ Cfr. “Solo 615 de los 64.000 reclusos están en la cárcel por delitos económicos”, *El País*, Economía, edición de 17 de octubre de 2014, (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/17/actualidad/1413539705_453130.html).

⁴¹⁴ Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos*, p. 100.

⁴¹⁵ Cfr. SALES I CAMPOS, *El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad*, Barcelona, 2014.

⁴¹⁶ Cfr. “Los ingresos en prisión por delito fiscal aumentan un 63% desde 2012”, *El País*, Economía, edición de 06 de octubre de 2014, (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/05/actualidad/1412528446_760625.html).

⁴¹⁷ Cfr. “Los ingresos en prisión por delito fiscal aumentan un 63% desde 2012”, *El País*, Economía, edición de 06 de octubre de 2014, p. 22: “cuando en 1994 entré de abogado del Estado era impensable que alguien fuera a la cárcel por delito fiscal. Ahora recibo con frecuencia autos de entrada en prisión.

ingresos en prisión por delito fiscal desde 2012 puede que sea un indicativo claro del cambio al que nos referimos más arriba. La desilusión creciente respecto de la capacidad de las instituciones democráticas para hacer que los culpables respondan de sus acciones pone en jaque incluso al sistema de economía capitalista.

“En uno de sus aniversarios, *The Economist* publicó un dossier cuyo mensaje central era el siguiente: los verdaderos enemigos del capitalismo son los capitalistas, no sus adversarios. Esta misma conclusión se puede extraer del monumental escándalo de las tarjetas opacas de Bankia: la responsabilidad de que los bancos se hayan tragado en tan poco tiempo una tercera parte del sistema financiero español —las cajas de ahorro—, oligopolizándolo, corresponde en parte a abusos como éste”.⁴¹⁸

244. Hay razones para ser escéptico acerca del efecto disuasorio del Derecho penal; por otro lado, hemos visto que tampoco el Derecho administrativo sancionador es disuasorio cuando se trata de las conductas colusorias, lo que se comprueba por el tiempo medio de duración de los carteles de núcleo duro y por las altas tasas de reiteración de conductas. Concluye *Robinson* que la disuasión no es un buen criterio para utilizarse como principio distributivo de la responsabilidad y la pena, excepto en aquellas situaciones en las que hay razones para pensar que se dan sus tres prerequisites.⁴¹⁹ Pensamos que en la hipótesis de los carteles de núcleo duro estamos ante una de estas situaciones.

245. Primeramente, es bastante probable que los directivos conozcan el contenido de la prohibición de acuerdos horizontales anticoncurrenciales -una buena señal es que las colusiones son secretas-; por tanto, el primer requisito, el de conocimiento de la regla, está presente. La capacidad y disposición de que aquel conocimiento influya en la toma de decisiones también parece existir, una

Han sido años de trabajo de mucha gente para hacer ver a los jueces que el delito fiscal es grave. La crisis ha terminado de crear una nueva conciencia contra este delito". Edmundo Bal, abogado del Estado jefe de lo Penal, ha vivido el cambio de tendencia, y distingue entre tres tipos de personas en prisión por delito fiscal. Los grandes corruptos condenados por varios delitos, entre los que está el fiscal; los participantes en redes de fraudes del IVA o carruseles, y finalmente lo que él califica como "el defraudador buen padre de familia". Estos son "empresarios que defraudaron entre 120.000 y un millón de euros que antes pagaban la cuota defraudada y que ahora como no tienen acceso al crédito no pueden regularizar su situación e ingresan en la cárcel".

⁴¹⁸ Cfr. ESTEFANÍA, “Corderos balando en el desierto. Los gastos de las tarjetas opacas de Caja Madrid, al detalle”, *El País*, Economía, edición de 13 de octubre de 2014 (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/12/actualidad/1413145606_984823.html).

⁴¹⁹ Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos*, p. 101.

vez que no se trata de un delito motivado por la ira, venganza, miedo o pasión; al contrario, se trata de un delito *maquinado*, pensado, elaborado, decidido, por personas que actúan en su plena voluntad psíquica, con el dominio total del planeamiento e ejecución del delito. Por lo tanto, se trata de personas racionales,⁴²⁰ capaces y que saben que tienen mucho que perder en el caso de tener que ir a la cárcel, lo que se computa en el análisis de coste beneficio personal –persiguen la eficiencia personal-, con lo cual la motivación por la norma es más alta. La percepción de que la amenaza de pena excede el beneficio a obtener con el delito parece ser el punto débil del Derecho administrativo sancionador, pues las sanciones son puramente económicas y aplicadas a la persona jurídica. Hipotéticamente, la pena de prisión sería el factor excedente del beneficio a obtener con el delito y el único, a nuestro juicio, capaz de lograr la disuasión en los supuestos de carteles de núcleo duro.

Por fin, como advierte *Robinson*, “un sistema de justicia penal que de forma intencionada y habitual produce injusticias disminuye su credibilidad moral en la comunidad, y al tiempo su capacidad de influir la conducta configurando estas poderosas normas”.⁴²¹

246. El grado de imprecisión de los roles del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador han llegado a un punto que desborda los conceptos más básicos e invierte la pirámide del *ius puniendi*, que utiliza sus armas más potentes (el Derecho penal) contra conductas de media y baja lesividad, mientras utiliza las menos potentes (Derecho administrativo sancionador) para los atentados más graves. De ahí que los peces grandes continúen nadando y el Derecho penal vaya perdiendo cada vez más la credibilidad social.⁴²²

Los acuerdos horizontales contra la competencia son considerados infracciones administrativas muy graves conforme el art. 62.4 a), de la LDC. Habría que delimitar las características que debe reunir un acuerdo restrictivo de la

⁴²⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Eficiencia y Derecho penal”, *ADPCP*, v. 49 n. 1, 1996, p. 106: “En alguna medida, cabría pues concluir que la acogida, el no rechazo o, al menos, el actuar como si los hombres fuéramos utilitariamente racionales –aunque no sólo eso- aparece como una asunción previa, que constituye la condición de posibilidad de un Derecho penal liberal”.

⁴²¹ Cfr. ROBINSON, *Principios distributivos*, p. 123.

⁴²² Cfr. “Lo ingresos en prisión por delito fiscal aumentan un 63% desde 2012”, *El País*, Economía, edición de 06 de octubre de 2014, p. 22: “en eso coincide un magistrado que ha dictado autos de prisión: ‘los jueces venimos de clase media y solemos empatizar con estos delincuentes de cuello blanco más que con un ladrón de la calle. Pero tenemos que pensar que son iguales. Me he pasado la vida mandando gente a la cárcel que solo eran peces chicos, los grandes nunca entraban en la red y me he cansado”.

competencia para ser sancionado penalmente y cuando, por el contrario, su sanción puede ser exclusivamente administrativa. A nuestro juicio, los acuerdos verticales contra la competencia, considerados infracciones graves a tenor del art. 62. 3 a LDC) y las infracciones muy graves de abuso de posición de dominio del art. 62.3 b LDC) no reúnen la lesividad social y gravedad de los carteles de núcleo duro; por consiguiente no tienen la magnitud necesaria para pasar del subconjunto del Derecho administrativo sancionador al penal, mientras que los acuerdos horizontales, como hemos visto, sí que reúnen gravedad y lesividad suficientes para que sean ubicados en el subconjunto del Derecho penal.

C) Balance global en términos de eficiencia

247. El balance global en términos de eficiencia entre las racionalidades nos lleva a concluir que no queda duda de los efectos preventivos de la pena privativa de libertad aplicada a las colusiones empresariales secretas; la combinación entre penas de prisión y programas de clemencia, es lo que alcanza el punto óptimo en de protección del bien jurídico, pues permite ahorrar algunos costes derivados de la pena de prisión, sin perder la posibilidad de utilizarla como factor determinante de la motivación para el cumplimiento de la norma.

248. En términos de eficiencia transversal hay que reaccionar adaptativamente, pues las conductas de carteles de núcleo duro se sitúan en una zona borrosa entre los dos subconjuntos del Derecho penal y Derecho administrativo sancionador y una solución que se podría utilizar es echar mano de más de un subconjunto a la vez, como en los delitos fiscales, fijando un nivel de lesividad –que puede ser expresado en términos financieros- como límite entre el ilícito administrativo y el penal, además de incentivar el uso del subconjunto del Derecho civil como viene haciendo la Comisión Europea (*private enforcement*). Lo que determinaría la inclusión de las colusiones en el Derecho penal es la posibilidad de sacar mejor provecho de la eficacia simbólico-comunicativa de la pena de prisión, sin tener que necesariamente soportar los costes de aplicación (a través de rebajas o exenciones). Así se cumplirían con más eficiencia los objetivos de protección del bien jurídico-penal competencia en los mercados, colmando una laguna de punibilidad, que a nuestro modo de ver genera ineficiencias impensables, principalmente en épocas de crisis económicas.

IV. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL: PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

IV.1 LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

A) Concepto de proporcionalidad en sentido estricto

249. Una vez aplicados los criterios político-criminales de idoneidad y necesidad de pena con sus niveles de racionalidad a los supuestos de cárteles de núcleo duro, corresponde en esta parte del trabajo examinar la proporcionalidad en sentido estricto; es aquí donde se “formulan las tesis que anudan la justificación del poder punitivo a la satisfacción de las exigencias de la proporcionalidad y donde se han graduado los contenidos que adoptan cada uno de sus subprincipios cuando se aplican al control de una modalidad específica de intervención en derechos fundamentales, cual es la que tiene lugar a través de la definición legislativa de delitos y penas”.⁴²³

250. En la doctrina penal viene abriéndose paso últimamente una concepción amplia del principio de proporcionalidad de las penas en la que “se entiende como aglutinador, no solo del tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino de otros reconocidos límites materiales al ejercicio del *ius puniendi*”.⁴²⁴ El enfoque que se da a dicho principio sigue la orientación del juicio de proporcionalidad que lleva en cuenta

⁴²³ Cfr. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006, pp. 171-172.

⁴²⁴ Cfr. NAVARRO FRÍAS, “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global entre costes y beneficios?”, *InDret*, Barcelona, 2/2010, p. 3: “En concreto, ha sido asumida por la doctrina penal una concepción del principio de proporcionalidad procedente del Derecho administrativo y más amplia que el tradicional principio de proporcionalidad de las penas (pero que incluye también a este último), como examen global de los siguientes aspectos: si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un bien jurídico; si esta intervención es idónea para alcanzar tal fin; si además es necesaria; y por último, si es proporcional en sentido estricto”. SILVA SÁNCHEZ, *La aproximación*, pp. 414-415: “Por lo demás, a mi juicio dicho principio no incide sólo en la categoría sistemática del injusto, sino en todas las categorías; en particular, estimo que es uno de los que contribuye a la conformación de la idea compleja de culpabilidad que luego comentaremos. De él, por ejemplo, derivan principios como el de responsabilidad personal”.

los costes y beneficios de la pena, integrándose al tríptico del análisis político criminal: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴²⁵

“Es de señalar que no cabe asimilar por completo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto a la exigencia de proporcionalidad entre pena y delito, como parecen entender algunos autores. Aunque en uno y otro caso se trata de una comparación entre dos entidades, entre ambos juicios median importantes diferencias: la proporcionalidad de las penas atiende a una lógica retributiva y no a un cálculo de utilidad; en ella se comparan dos males a fin de garantizar que la gravedad de la pena no exceda la del delito en abstracto conminado o en concreto sancionado. En cambio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto atiende a una lógica consecuencialista, pues representa un balance entre los *costos* previsibles en términos de afectación de derechos fundamentales que se produce tanto a través de las prohibiciones como de las sanciones penales y los *beneficios* previsibles en términos de protección de bienes jurídicos mediante la prevención de delitos que pueden derivarse de la tipificación penal de una conducta y de la determinación de una sanción. No se trata aquí, por tanto, de comparar dos males, sino de ponderar entre los males y los bienes que previsiblemente puedan derivarse de la intervención penal del Legislador”.⁴²⁶

251. La proporcionalidad en sentido estricto implica que se criminalicen conductas equiparables a otras que ya lo están para el resguardo de una cierta coherencia lógica intrasistemática. Como hemos visto, la protección penal de la competencia, por lo general, aúna los requisitos de merecimiento y necesidad de sanción penal.

La proporcionalidad en sentido estricto –o la medida de la pena- no es igual para todas las conductas; depende no solamente de los intereses involucrados, sino también de las víctimas afectadas -usualmente el merecimiento de pena es mayor cuando además de los competidores actuales, también se ven involucrados intereses de los consumidores-, sin embargo, partiendo del presupuesto de que en España no hay tipos penales específicos para los carteles

⁴²⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, 2007, p. 57: “Y en ese control, el teste de constitucionalidad obliga, en primer lugar, a comprobar que el bien jurídico protegido o los fines mediatos o inmediatos de protección son suficientemente relevantes como para motivar la intervención penal, que es lo que se denomina la calidad del fin de la norma como presupuesto del juicio de proporcionalidad, vinculada en el ámbito penal con la idea de intervención mínima; en segundo lugar, habrá de comprobarse que la medida prevista –o adoptada- era idónea para alcanzar tales fines; en tercer lugar, si la sanción es proporcionada en sentido estricto, comparando beneficios y perjuicios, con el delito para el que se prevé o aplica”. Sobre el principio de proporcionalidad en Derecho administrativo, cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 79-93.

⁴²⁶ Cfr. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad*, p. 241.

de núcleo duro, entonces, ¿cuáles son los tipos de injusto que podrían cobijar los acuerdos colusorios?

B) La falta de coherencia de las penas previstas para los tipos de injusto de alteración de precios

252. Como hemos visto en los apartados anteriores, no hay un consenso ético-social sobre la necesidad de criminalización de los carteles económicos de núcleo duro. Paradójicamente, la competencia se protege a través del Derecho penal: por ejemplo, en los tipos de injusto de alteraciones de precios (art. 262 y 284.1 CP), de competencia desleal (arts. 278 y ss. CP), detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP), propaganda engañosa (art. 282 CP), *insider trading* (art. 284.3 CP), corrupción entre particulares (art. 286 *bis* CP), *doping* en el deporte (art. 361 *bis* CP), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP), etc.

No cabe aquí especular respecto de los motivos que pueden llevar el Legislador a criminalizar conductas menos lesivas que los carteles de núcleo duro –y a éstas no-, como por ejemplo, ocurrió con la proposición legislativa de creación de un tipo penal de abuso de posición de dominio en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Derecho penal económico.⁴²⁷ Es llamativa la falta de proporcionalidad, como señalan *Stampa Braun* y *Bacigalupo*, en el informe presentado sobre el PLO 1980:

“(…) de todos modos, hay que tener en cuenta que, curiosamente, nuestros Códigos penales se han apartado de su modelo inspirador, en un punto que ha resultado decisivo en las formas de influencia sobre la formación de los precios no tolerados por el Derecho moderno: la denominada ‘reunión’ o ‘coalition’, es decir, los acuerdos entre empresas para regular aquéllos según su conveniencia. Como esta omisión no ha sido subsanada por el art. 344 del Proyecto, quiere decirse que se ha olvidado la regulación penal del aspecto *más importante* de la criminalidad económica contemporánea, en esta materia, aspecto cuya sutil

⁴²⁷ El PLO 1980 contenía un capítulo que trataba de las infracciones de la propiedad industrial y derechos que conciernen a la competencia y a los consumidores, cuyo artículo 346 disponía que: “los que se prevalieren de su posición de dominio en el mercado, para impedir o limitar considerablemente la competencia, serán castigados con la pena de multa de seis a veinticuatro meses. Para la determinación de la pena atenderán los Tribunales al peligro que la conducta revistiere para la economía nacional e intereses de los consumidores o competidores, pudiendo en los casos más graves imponer a los agentes o a las empresas concertadas las medidas de prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate, por tiempo que no exceda de cinco años”.

presentación en la realidad comercial suele producir una gran dificultad persecutoria, con notable incidencia en la cifra negra de esta delincuencia. Criminológicamente, las formas de comisión que se penalizan en el Proyecto y en el Derecho vigente, quizás *hayan dejado de existir* porque, como indica su origen histórico, presuponían una organización del mercado con relaciones económicas mucho más complejas y desarrolladas. En el art. 344 del Proyecto siguen insertándose medios comisivos cuya cercanía con la estafa o la usura ('empleando engaño', 'abusando de una situación de necesidad', 'omitiendo información que debiera proporcionarse') pone de manifiesto que la imagen inspiradora del tipo han sido las relaciones comerciales *individuales*, difícilmente concebibles como objeto de una política criminal orientada hacia la represión de la delincuencia propia de las sociedades industriales. A esta argumentación se podría objetarse que los 'acuerdos' para la regulación de los precios del mercado caerían, en cualquier caso, bajo la prescripción del art. 346 del Proyecto, donde se regula el abuso de posiciones de dominio en el mercado. Pero este punto de vista, que podría sostenerse prescindiendo totalmente de los precedentes que han determinado el desarrollo del Derecho europeo de la competencia, implicaría el apartamiento casi total de los conceptos hoy *dominantes* en la materia, no justificado que sepamos por ningún razonamiento decisivo: la alusión simplista a la 'conveniencia', que aparece en la Exposición de Motivos (apartado IV, e), no es argumento suficiente. Decimos que, adoptándose ese no razonado criterio, se nadaría contra la corriente conceptual dominante, dado que los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma regulan, respectivamente, como conceptos diversos, los 'acuerdos y coaliciones prohibidas' (art. 85) y el 'abuso de posición en el mercado' (art. 86), resultando muy claro que esta última forma no alcanza, precisamente, a los acuerdos y coaliciones. Tal diferencia conceptual que se ha desarrollado no solo en teoría, sino también en la práctica del Consejo y de la Comisión de la Comunidad Económica Europea impediría, en principio, la interpretación extensiva del art. 346 del Proyecto (de cuya dudosa compatibilidad con el principio de legalidad nos ocuparemos más tarde), en el sentido de que tal precepto subsane la omisión que hemos advertido en el 344, abarcando la hipótesis que éste ha olvidado. El consenso científico y la práctica contrarios no permitirían augurar esta 'solución de necesidad' el menor éxito".⁴²⁸

C) Proporcionalidad en sentido estricto en los delitos de carteles de núcleo duro

253. Lo desproporcionado y el despropósito de la no criminalización de los carteles de núcleo duro ha sido denunciado por *Tiedemann* al señalar que "resulta injusto y cada vez más injustificable que la economía exterior y el

⁴²⁸ Cfr. STAMPA BRAUN/BACIGALUPO, *La reforma del Derecho penal económico español (Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980)*, Madrid, 1980, p. 40.

tráfico de divisas, el sistema de impuestos y la lealtad en la propaganda privada sean tratados ante la opinión pública como bienes jurídicos penalmente tutelados, mientras que las restricciones artificiales de la competencia y los abusos de la posición dominante en el mercado quedan en el nivel de las meras contravenciones administrativas. La circunstancia de que las entidades económicas, individualmente consideradas, se sirvan de diversos medios para imponerse en razón de la relatividad de los sistemas sociales y de los bienes jurídicos penalmente protegidos, no es un argumento contra la protección jurídico-penal, sino todo lo contrario”.⁴²⁹ Queda claro que la proporcionalidad en sentido estricto no existe cuándo se trata de la competencia como bien jurídico-penal digno de protección.

254. La conclusión a que se llega en términos de proporcionalidad en sentido estricto es la de que “la situación actual de no sanción penal de los carteles no soporta una comparación con otros comportamientos que menoscaban la competencia y que se encuentran tipificados penalmente”.⁴³⁰ Lo que nos lleva a la necesidad de tipificar las conductas de carteles de núcleo duro, objetivo al que dedicaremos el siguiente apartado.

⁴²⁹ Cfr. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 39.

⁴³⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, pp. 96-97.

V. CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE

Primera – Es racional limitar la utilización del Derecho penal a los ataques más graves a los bienes jurídicos más valiosos para la sociedad. Hemos concluido que los carteles económicos de núcleo duro son los más graves ataques a la competencia. Sin embargo, a pesar de la gravedad de las conductas colusorias no existe un reproche ético-social suficiente que demande el empleo del Derecho penal en este ámbito, lo que se puede explicar por varios factores como, por ejemplo: a) el bien jurídico competencia en los mercados no goza de la misma estabilidad valorativa que otros bienes jurídico-penales más relevantes como la protección de la vida o del patrimonio; b) es suficiente que la protección de la competencia se encargue a otros sectores del ordenamiento jurídico; c) la pena de prisión aplicada a directivos de empresas no cumple con sus funciones de reintegración, pues no están marginalizados; d) no existe una percepción social del daño, pues, al no afectar a víctimas concretas, es invisible, e) las multas aplicadas a las empresas por los órganos reguladores son suficientes para lograr proteger el bien jurídico competencia. Por lo tanto, una primera conclusión de política-criminal es que no es éticamente racional la criminalización de los carteles económicos en atención al principio de intervención mínima del Derecho penal.

Segunda – La conclusión anterior no cierra el debate político-criminal, pero sirve para aclarar qué conductas integrarían el denominado núcleo duro del Derecho penal, ya que existiría un consenso respecto de la necesidad de criminalización. De hecho, hemos verificado que las colusiones están en una zona gris o borrosa y que la percepción ciudadana sobre la necesidad de criminalizarlas podría cambiar en cualquier momento. Hemos visto que la utilización del Derecho penal puede ser menos incisiva, por las intensas limitaciones de libertad que los controles preventivos de la prevención técnica del Derecho administrativo sancionador pueden implicar para los ciudadanos fieles al Derecho. Así que la lógica que hemos aplicado a un nivel de racionalidad que permite matices, que busca finalidades de protección y que, por lo tanto, es una racionalidad teleológica, es la lógica de los subconjuntos borrosos de las matemáticas. La borrosidad permite gradaciones y matizaciones importantes respecto de las conductas que se sitúan en la zona gris, zona compartida por los dos subconjuntos borrosos que utilizamos: el subconjunto

del Derecho penal y el del Derecho administrativo sancionador. Hemos constatado que los subconjuntos experimentan una aproximación y que entre ellos hay un flujo de conductas, que migran de un subconjunto a otro o que están en los dos subconjuntos al mismo tiempo, en la parte común entre ellos. Se miramos a los subconjuntos desde su interior, la sensación que tenemos es de que se expanden; sin embargo, hemos concluido que, en realidad, lo que se expande es la zona gris que existe entre ellos, integrada por los nuevos ámbitos de criminalidad (medio ambiente, cyberdelincuencia, manipulaciones genéticas, etc.).

Tercera – Hemos verificado si es racional la utilización del Derecho penal en los supuestos de carteles de núcleo duro en términos teleológicos -de protección del bien jurídico competencia-, tomando en consideración las ventajas y desventajas de los subconjuntos estudiados. Hemos concluido que el subconjunto del Derecho penal cumple mejor con la finalidad de protección del bien jurídico competencia en los supuestos de carteles de núcleo duro por las siguientes razones: a) la utilización de las técnicas de investigación típicas del Derecho penal: intervenciones de las comunicaciones y los agentes encubiertos; b) la pena de prisión despliega mejores efectos disuasorios; c) la potencialización de los programas de clemencia con la pena de prisión; d) la reducción de la tasa de reincidencia; e) el incentivo de las delaciones en virtud de programas de *compliance*; f) el aumento de la prevención general negativa que se observa a nivel internacional con relación a países que ya criminalizan las conductas de carteles de núcleo duro; g) la imputación conjunta de personas físicas y jurídicas en un mismo procedimiento penal; h) evitar la creación de paraísos jurídico-penales y la elección selectiva de países donde no se criminalizan los carteles; i) facilitar las extradiciones y la cooperación jurídica internacional generados a partir de la actuación de carteles internacionales.

Cuarta – Las conclusiones anteriores podrían aplicarse a toda clase de conductas, pero no siempre es pragmático utilizar el Derecho penal por los costes que se supone conllevan tanto la pena de prisión cuanto el sistema penal. Hemos realizado un análisis de costes y beneficios (ACB), mediante estándares de *eficacia* y *efectividad*, tomando en cuenta los siguientes parámetros en la columna de beneficios: a) para la sociedad en general: cuál es el subconjunto más efectivo (cifra negra, rapidez, agilidad del proceso, certeza de la sanción, mejor preparación técnica), más eficaz (si se cumplen los fines de la norma y de la pena), otros beneficios (aumento de ingresos de la administración como consecuencia de la imposición de multas, disminución de precios de productos,

mejora de la competitividad, aumento de las inversiones); b) beneficios para el infractor e indirectamente para la sociedad en general: nivel de garantía (presunción de inocencia, derecho a un proceso justo e imparcial, etc.), posibilidad de resolución del conflicto sin acudir a la sanción (principio de oportunidad, programas de clemencia).

Quinta. Hemos concluido que el Derecho administrativo sancionador es más efectivo, pero el Derecho penal no está tan lejos de ser igual de ágil, dependiendo del procedimiento adoptado para un hipotético delito de cartel de núcleo duro. El Derecho penal, por otro lado, es más efectivo pues cuenta con la pena de prisión. En términos del nivel de garantías, el Derecho penal ofrece una ventaja, pues las garantías penales son imprescindibles para mantener el respeto a los derechos fundamentales del investigado (frente a las invasivas técnicas de investigación que se utilizan y la privación de la libertad). El uso del Derecho administrativo sancionador, más rápido y eficaz, menos garantista, puede parecer un beneficio para el infractor, pero aquí juega el *principio de oportunidad* que es una variable importante, pues la discrecionalidad administrativa permite, en el ámbito del *antitrust*, que las autoridades no actúen, o actúen de forma selectiva. Eso es peor para la sociedad, pues la autoridad administrativa puede sufrir indeseables influencias políticas; sin embargo, para el infractor eso es una ventaja nada despreciable. Como el Derecho penal es más garantista, eso también supone una ventaja para el infractor en la medida en que podría alcanzarse la prescripción.

Sexta – Hemos incluido en la columna de los costes del ACB los siguientes parámetros: a) el coste del sistema punitivo para la sociedad en general: costes de vigilancia, coste derivado del castigo de inocentes y el coste de mantenimiento del sistema punitivo; b) el coste del sistema punitivo para la víctima: victimización primaria o secundaria; c) el coste del sistema punitivo para los infractores: costes derivados de la sanción e infligidos por las técnicas de investigación del Derecho penal. Hemos concluido que para la sociedad, en general, el ACB es negativo para el Derecho penal, por más costoso, especialmente con relación al mantenimiento del sistema punitivo y de la pena de prisión. El ACB de los costes del sistema punitivo para las víctimas no es relevante, pues el daño causado por los carteles de núcleo duro es difuso, invisible y no se verifican los efectos de la victimización primaria o secundaria. Para los infractores, hemos concluido que el ACB también es negativo para el Derecho penal, pues supone técnicas de investigación más agresivas e invasivas y penas más duras.

Séptima – Por lo tanto, no es pragmática la utilización del Derecho penal, pues conlleva costes muy elevados, principalmente para la sociedad. En las pocas veces que se utiliza el Derecho penal lo que se busca es dotar al sistema de una mayor eficacia protectora. En términos pragmáticos la utilización del Derecho administrativo sancionador es racional, por tratarse del sistema más eficiente y de menor coste.

Octava – Al efectuar el análisis de eficiencia global entre los niveles de racionalidades, concluimos que el punto óptimo de protección del bien jurídico competencia con relación a los supuestos de carteles de núcleo duro está en utilizar la amenaza de prisión del Derecho penal combinada a un sistema de clemencia típico de los ilícitos anticoncurrenciales, así se ahorran los costes de la pena de prisión y se emula la delación a través de la utilización de la Teoría de los juegos, alcanzando un alto nivel de protección del bien jurídico a menor coste y con rapidez, lo que genera un sistema más eficiente.

Novena – La no criminalización de los carteles de núcleo duro no soporta una comparación con otros comportamientos que menoscaban la competencia de manera menos grave y que se encuentran tipificados penalmente, como la competencia desleal (arts. 278 y ss. CP), detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP), propaganda engañosa (art. 282 CP), *insider trading* (art. 284.3 CP), corrupción entre particulares (art. 286 *bis* CP), *doping* en el deporte (art. 361 *bis* CP), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP). En términos de proporcionalidad en sentido estricto la conclusión a que se llega es que la criminalización está indicada en estos supuestos, cerrando, así, el análisis político-criminal efectuado.

**CUARTA PARTE – EL TIPO DE INJUSTO DE
CARTELES: PROPUESTA *DE LEGE FERENDA***

I. ¿ESTÁN CRIMINALIZADOS LOS CARTELES DE NÚCLEO DURO EN ESPAÑA?

I.1 INTRODUCCIÓN

255. Los apartados antecedentes han ido encaminados al análisis político-criminal de las conductas de carteles de núcleo duro con la finalidad de ponderar la posible intervención del Derecho penal en este ámbito. La investigación podría haberse cerrado ahí, pero no es en absoluto despreciable un esfuerzo dirigido a verificar si están o no criminalizados los carteles de núcleo duro en España y proponer eventuales modificaciones *de lege ferenda*. Cabe advertir que no se trata de proponer la creación de un nuevo tipo penal, sino de modificar los tipos de injusto ya existentes para extender la protección penal a los carteles de núcleo duro.

I.2 LOS CARTELES ECONÓMICOS Y LOS TIPOS DE INJUSTO DE ALTERACIÓN DE PRECIOS

256. En el *Mapa de la criminalización de los carteles de núcleo duro en Europa*⁴³¹, España se ubica entre los países que no criminalizan las colusiones. Sin embargo, estas conductas podrían, en tese, subsumirse en tipos de injusto como el del art. 262 (alteración de precios en los concursos y subastas públicas), del art. 284.1 (alteración de precios que habrían de resultar de la libre competencia), o en otros tipos penales, como el de contrataciones públicas fraudulentas del art. 436 CP. Si la subsunción no es posible, habría que verificar cuáles son los obstáculos y si es posible superarlos.

A) La concertación del art. 262 CP

257. Si hacemos una búsqueda por palabras en el Código penal utilizando el verbo *concertar* nos encontraremos con que el tipo de injusto del art. 262, de

⁴³¹ Véase la Figura 7 en el Apartado I.1, de la Segunda Parte.

alteración de precios en concursos y subastas públicas, tipifica, entre otras conductas, la de quienes se *concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate*. Intuitivamente, uno podría suponer que se ha encontrado con el tipo de injusto de carteles en licitaciones, pero no es tan sencillo como pudiera parecer. Y eso porque el *concierto* va referido a la alteración del precio *del remate*,⁴³² que es propio de las subastas, disciplinadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Enjuiciamiento Civil.⁴³³

Mirando con más detenimiento el tipo de injusto de alteración de precios en concursos y subastas públicas, se comprueba que contempla algo que podríamos denominar *carteles en subastas públicas*, que a su vez es lo que impide la aplicación a los carteles en licitaciones.⁴³⁴ Pero, ¿la mera supresión del término remate o la sustitución por el término adjudicación serían suficientes para criminalizar los carteles en licitaciones? Antes de contestar, vamos a ver las demás conductas típicas del art. 262 CP y si es posible un encaje típico.

258. Como hemos visto, la primera modalidad típica de *concertaren entre sí* exige expresamente que se actúe con el *fin de alterar el precio del remate*,⁴³⁵ lo

⁴³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ª edición, 2014, Voz: *remate*: “es la adjudicación que se hace de los bienes que se venden en subasta o almoneda al comprador de mejor puja y condición”.

⁴³³ La LEC regula la subasta de bienes muebles en la Sección 5ª del Capítulo IV, Título III, Libro III, ocupándose en el artículo 650 de la aprobación del *remate, pago y adjudicación de bienes*, y trata de la subasta de bienes inmuebles en la Sección 6ª. La aprobación del remate, pago y adjudicación de los bienes al acreedor, lo cuida en su art. 670.

⁴³⁴ La inclusión de esta modalidad de conducta en el tipo penal se dio a raíz del llamado caso de los *subasteros*, que consiste en ponerse de acuerdo entre sí con carácter previo a la celebración de la subasta para distribuirse de antemano la adjudicación de los bienes, establecer el precio resultante, pactar la abstención de licitantes, etc. Véase la STS 692/1997, de 7 de noviembre, ponente Francisco Soto Nieto (RJ\1997\8348) y la SAP Almería 114/2007, de 20 abril, ponente Manuel Espinosa Labella (ARP\2007\340), sobre un abandono fraudulento de subasta y condena por el art. 262, CP por el hecho de que, “iniciada la puja y previo concierto entre los dos último acusados, A., realizó la primera puja por la cantidad de 25.000 euros e inmediatamente después, su cuñado, el acusado G., elevó rápida y subrepticamente la postura considerablemente a la cantidad de 120.000 euros, sin dar oportunidad alguna a nuevas pujas entre las concurrentes, y produciéndose la aprobación judicial del remate a su favor, pendiente únicamente de consignar la diferencia entre dicha cantidad y la previamente consignada para tomar parte en la subasta”.

⁴³⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, pp. 415-416, donde señala que la finalidad de alterar el precio del remate solo afecta a la concertación, de forma que las demás conductas son delictivas sin necesidad de demostrar finalidad alguna. Cfr. también ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 141: “Pero en parte la doctrina señala que en algunas modalidades podría necesitarse también un elemento subjetivo adicional: la intención de querer ‘alterar el precio’. P.ej. en la modalidad de ‘concertación’ o cuando se intenta alejar de la subasta a otro. Por lo menos en el primer caso resulta exagerado exigir tal elemento subjetivo adicional; la intención de ‘eliminar competidores’ (e

que confirma la jurisprudencia:⁴³⁶ la conducta típica se refiere solo a los sujetos participantes en las *subastas*; por este motivo, “los hechos típicos realizables en concursos quedan reducidos a los incluidos en el primer inciso, esto es, la solicitud de contraprestación para no tomar parte en una de estas convocatorias”.⁴³⁷ Por lo tanto, los carteles en licitaciones en los que no se constate la solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en la convocatoria no alcanzarían la tipicidad penal. O sea, la casi totalidad de los casos.⁴³⁸

259. Si el legislador pretendía dotar al precepto del art. 262 CP de una mayor amplitud de protección penal, sobre todo en el ámbito de los *concursos administrativos*, “incorporando una formulación típica más idónea para captar conductas de indudable lesividad social cuya gravedad, y reiteración, sobre todo en el ámbito de los concursos y subastas administrativos, corren parejas al aumento de la actividad del sector público en la economía”,⁴³⁹ no logra cumplir dicho objetivo. En virtud de la poca aplicabilidad del tipo de injusto del art. 262 CP, resulta que el Tribunal Supremo, en supuestos de carteles en licitaciones, entiende que se trata de delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 540 CP/1973), actualmente el tipo de injusto de alteración de precios del art. 284.1 CP.⁴⁴⁰

indirectamente alterar el precio de los bienes o servicios) suele ser reflejo de la conducta anticompetitiva típica”. A nuestro juicio, el elemento subjetivo del injusto se limita a la única modalidad de conducta cuya descripción lo incorpora de forma expresa; esto es, a la modalidad de concertarse.

⁴³⁶ SAP Valladolid, Sección 4ª, num. 261/2005, de 19 de abril, ponente María Teresa González Cuartero (LA LEY 87275/2005), FD 1º: “es indiferente como bien dice el juez *a quo*, que solamente se tenga sospecha del acuerdo de voluntades entre el acusado y el Sr. Y, porque lo que el tipo castiga es el abandono injustificado de la subasta, para alterar el precio de la misma, lo que ha quedado totalmente demostrado”.

⁴³⁷ Cfr. CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*. T.1, Madrid, 2004, p. 910.

⁴³⁸ Sobre los mecanismos y técnicas de colusión en las licitaciones véase el apartado II.2.b, de la Primera Parte.

⁴³⁹ Cfr. MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, *Delitos socio-económicos*, p. 34.

⁴⁴⁰ STS 575/2004, Sala segunda, de lo penal, de 11 de mayo, ponente Juan Saavedra Ruiz (LA LEY 11499/2005 o RJ\2005\5212), en la que se condena por delitos de cohecho y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el supuesto en el que se presentaron a concurso público tres empresas concertadas entre sí; y la STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm. 504/2003, de 2 de abril, ponente Andrés Martínez Arrieta (LA LEY 12755/2003), en el supuesto en el que se se constituyó una empresa por la esposa del funcionario que debía adjudicar, empresa que fue vendida *ficticiamente* al concursante que finalmente consigue la adjudicación (en el fallo se le condena por cohecho, maquinaciones y prevaricación). Cfr. JAREÑO LEAL, *Corrupción y delincuencia*, pp. 55-59 y 56, sobre la última sentencia, donde observa que: “aunque en este caso el Tribunal llega a plantearse la aplicación del delito de prevaricación, finalmente lo descarta porque la actuación del concejal no encajaba en el tipo del artículo

Muy ilustrativa es la SAP Madrid (Sección 17ª), núm. 68/2001, de 21 de febrero, ponente Javier Martínez Lázaro (ARP\2001\389), en la que el consejal José Antonio S. ofreció a Enrique A. la “posibilidad de que el Ayuntamiento de Getafe le adjudicase obras a través del Servicio de Obras y Mantenimiento y a cambio de percibir para sí una comisión en metálico por cada una de las obras adjudicadas de aproximadamente un 10%”, y no para que él no tomase parte en la licitación. Se les condena por delitos continuados de maquinaciones para alterar el precio de las cosas. Se observa en la sentencia que aparentemente se cumplía el imperativo legal de requerir al menos a tres empresas, “a sabiendas de que una sola iba realmente a licitar para, de esta forma, eludir la libre concurrencia de otras empresas independientes, alterando con ello o, por lo menos, intentando alterar el precio de la contratación de la obra de referencia”, lo que se configura como *modus operandi* de carteles en licitaciones.

260. Antes de seguir adelante con la cuestión de si se puede reformar el art. 262 CP para la inclusión de los carteles en licitaciones, como éstos son una subespecie del género carteles de núcleo duro, habría que plantearse la hipótesis del encaje en el tipo de injusto más amplio de alteración de los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia, del art. 284.1 CP que podría abarcar, eventualmente, a todos las conductas colusorias, lo que haría innecesaria la existencia del art. 262 CP.

B) La libre competencia y el art. 284.1 CP

261. Como se ha visto, algunos ordenamientos optan por la criminalización únicamente de los carteles en licitaciones, lo que hemos denominado *modelo de la criminalización parcial*.⁴⁴¹ Sin embargo, las conclusiones político-criminales a que hemos llegado nos remiten a la utilización de otro modelo, del de la *criminalización amplia o total*, lo que comporta dos posibilidades a efectos de propuestas *de lege ferenda*. En la primera posibilidad, se trata de la tipificación de los carteles en licitaciones separadamente de los carteles de núcleo duro, lo que tiene su razón de ser en las características especiales de los primeros; la

404, al no ‘dictar’ una resolución. Lo que había hecho este miembro del consistorio era ‘proponer’ ante el órgano que realmente debía resolver. Finalmente, se valoran los hechos como un delito de ‘maquinación para alterar el precio de las cosas’ del artículo 284 del Código penal, en su versión anterior a la reforma 5/2010, que ahora constituye parcialmente el párrafo 1º.”

⁴⁴¹ Véase el Apartado I.1.b, de la Segunda Parte.

segunda opción es la criminalización de todas las conductas de carteles de núcleo duro en un único tipo de injusto.

Con relación a esta última posibilidad, se podría construir un tipo de injusto de carteles de núcleo duro a partir del art 284 CP, con la eventual inclusión de un subtipo agravado para los carteles en licitaciones. La proximidad de los tipos de injusto de alteración de precios del art. 284.1 y 262 CP se puede constatar desde el momento histórico de su aparición en el ordenamiento jurídico-penal, en el que dichas conductas se ubicaban en el mismo capítulo en el Código penal.⁴⁴² La decisión de remitir el art. 262 CP a un capítulo distinto se basó en que el bien jurídico-penal protegido era distinto. No cabe adentrarnos ahora en esta discusión, pero sí subrayar que las diferencias no impiden que se unifiquen, nuevamente, bajo un mismo capítulo. Por estos motivos, intentaremos proponer las modificaciones necesarias tomando como punto de partida el art. 284 CP.

C) Dibujando el tipo de injusto de carteles de núcleo duro a partir del art. 284 CP

C.1) Objetos materiales del tipo de injusto de carteles

262. El art. 284.1 CP sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años o multa a los que empleando violencia, amenaza o engaño, pongan en peligro la libre concurrencia a través de la conducta de intentar alterar el precio de

⁴⁴² Sobre los antecedentes históricos de los delitos de maquinaciones véase la STS, Sala de lo Penal, núm. 314/1990, de 1 de junio de 1992, ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez (RJ\1992\4740): “El delito tipificado en el art. 539 dentro del Capítulo V del Título XIII del Libro II del Código penal procede de los textos penales de 1848 y 1850, los cuales lo tomaron del art. 419 del Código francés, (...)”; y la SAP Barcelona, Sección 6ª, de 14 de febrero de 1996, ponente José Luis Florensa Labazuy (ARP\1996\80). Cfr. *Código Penal francés de 1810*: “Art. 419. El que por hechos falsos o calumniosos divulgados intencionalmente entre el público, por medio de ofertas hechas a los mismos vendedores, *por la reunión o coligación entre los principales tenedores de una misma mercancía o artículo, formada para no venderla, o venderla solo a cierto precio,* o por otras vías o medios fraudulentos, hicieren subir o bajar el precio de géneros, mercancías, documentos o efectos públicos, en más o menos suma de la que hubiere resultado de la libre y natural concurrencia del comercio, será castigado con las penas...”. Cfr., también, PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 4ª ed., Madrid, T.III, p. 385, donde señala que el art. 461, CP 1850, que se refería expresamente a las coligaciones, lo hacía refiriéndose al ámbito laboral: “toda coligación sea de empresarios, sea de operarios, para forzar en un sentido o en otro el curso libre del trabajo y su precio natural”, más bien de lo que se trataba era de la protección del derecho de asociación –el derecho a la organización y a la lucha sindical- y no el correcto funcionamiento del mercado.

productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación. Dos problemas son evidentes: a) los medios comisivos, que no son comunes en las colusiones; b) la referencia a títulos valores e instrumentos financieros, que hacen suponer que se trata de un delito bursátil.⁴⁴³

263. Los carteles económicos de núcleo duro son acuerdos para cesar o disminuir la competencia entre empresas que producen algo o prestan servicios.⁴⁴⁴ De ahí que el fenómeno de formación de carteles tenga lugar en el sector productivo de la economía y no en el mercado financiero o de valores. Se recomienda, por lo tanto, una separación entre delitos financieros y el tipo de injusto de carteles económicos. Por ese motivo, hay que eliminar del tipo a los títulos valores e instrumentos financieros, concentrando la protección penal de los mercados financieros (delitos bursátiles) en los apartados 2 y 3 del art. 284 CP.

264. La redacción típica actual prevé una enumeración casuística inicial (*ad exemplum*), seguida de una cláusula genérica *cualesquiera cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación*,⁴⁴⁵ lo que permite, en principio, la inclusión de los contratos sobre servicios públicos. A nuestro entender, se hace necesaria la exclusión de la cláusula genérica, con la remisión de los carteles en licitaciones a un subtipo agravado del propio art. 284 CP.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público menciona las siguientes modalidades de contratación pública en su art. 5º: contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Exactamente por

⁴⁴³ Eso se debe, también, a que la reforma del artículo 284 CP está íntimamente relacionada con la transposición de la normativa de las Directivas 2003/6/CE, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) y la Directiva 2004/72/CE, de 29 de abril.

⁴⁴⁴ Sobre los fundamentos jurídicos de la prohibición de carteles de núcleo duro véase el Apartado II, en especial el ítem II.2, de la Primera Parte, que aclara qué son, cómo operan y qué daños causan los carteles económicos de núcleo duro.

⁴⁴⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, pp. 182 y 185, con amplias referencias. Con esto, quedan excluidas tan solo las cosas que están fuera del comercio no susceptibles de contratación (*res extracommercium*).

las peculiaridades que envuelven a la contratación pública, pensamos que se justifica la ubicación de los carteles en licitaciones en un subtipo agravado.

265. En conclusión, las modificaciones que proponemos en este apartado tienen el objetivo de delimitar los ámbitos de aplicación del tipo a través de la exclusión de referencias a delitos bursátiles del primer apartado, la inclusión de un subtipo agravado de carteles en licitaciones en el segundo apartado y dejando a los dos últimos apartados la protección de la competencia en los mercados financieros. Eso es posible en virtud de que, a nuestro juicio, el bien jurídico penal protegido es la competencia, lo que implica el respeto a las reglas del *fair play*; o sea, sin el juego sucio de los acuerdos entre las empresas competidoras, los licitadores o los operadores financieros. A continuación veremos otras reformas necesarias.

C.2) Ámbito de protección de la norma

266. El art. 284.1 CP se refiere al sistema de precios en el mercado y lo que se sanciona es la *tentativa de alterar los precios* que resultarían de la libre competencia, lo que remite a dos cuestiones que aquí nos interesan: a) que conductas colusorias de igual gravedad como, por ejemplo, el reparto de mercado y la fijación de cuotas de producción, no encuentren cobijo en la norma penal, creando lagunas de punibilidad; b) el grado de riesgo penalmente relevante de las conductas colusorias.

267. Con relación al sistema de precios, resulta imprescindible que se efectúen algunas consideraciones preliminares relacionadas con las colusiones. Las políticas de precios que se entienden como anticompetitivas son: a) las de precios excesivamente elevados; b) excesivamente bajos; y c) discriminatorios. Los primeros son los típicos de empresas monopolistas u oligopolistas (donde se insertan los carteles) o con poder de mercado (los supuestos de abuso de posición dominante) y son propios de situaciones de ausencia o disminución de la competencia. En general, los carteles económicos practican alteraciones de precios al alza y logran beneficios superiores a los que se obtendrían con unos precios a nivel competitivo; con una lesividad que se destaca en términos cuantitativos y cualitativos de las demás conductas de alteración de precios.

Los precios excesivamente bajos son denominados precios *predatorios* y, si se mantienen durante un período largo de tiempo, obligan a entrar en pérdidas a empresas rivales y, en ocasiones, provocan su desaparición del mercado.⁴⁴⁶

Los precios *discriminatorios* se traducen en la práctica de diferentes precios por prestaciones equivalentes.⁴⁴⁷ La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal dispone en su artículo 17 que salvo disposición contraria de las leyes o reglamentos, la fijación de los precios es libre y señala que, no obstante, la venta realizada bajo coste, o bajo precio de adquisición, se reputará desleal. El abuso en la fijación de precios -en el caso del *discriminatory pricing* de que habla este precepto-, es un tema de competencia desleal entre empresas, que no tiene por qué integrar el tipo de injusto de carteles de núcleo duro. Las leyes anti-discriminación de precios suelen formar parte de la normativa dirigida a salvaguardar los intereses de los pequeños negocios (Pymes), pues *la ilegalidad de la discriminación no depende en absoluto de su efecto nocivo para la competencia*.⁴⁴⁸

Con relación a la formación de los precios, ésta debe ocurrir con una cierta libertad. Lo que existe en el mercado es una libertad relativa de precios que arroja, cuando no hay escasez de un producto, unos precios normales, que

⁴⁴⁶ Cfr. VERSELE, *Las "cifras doradas"*, p. 24: "Más sutiles y disimuladas son las actividades de las empresas multinacionales en los países industrializados, en donde un complejo de subsidiarias frecuentemente disfrazadas de empresa nacional permite extender toda una red de presiones económicas, políticas y sociales". De entre las técnicas principales utilizadas por las multinacionales, señala la "manipulación de los precios de compra y venta por medio de la inundación del mercado con artículos a precios más bajos que los de la competencia, compensando las pérdidas en algunos países con enormes ganancias en otros".

⁴⁴⁷ La CNMC incoó expediente contra la farmacéutica Pfizer por el establecimiento de contratos de suministro con algunos distribuidores mayoristas en los que incluye un sistema de doble precio, conducta que podría obstaculizar al comercio paralelo en el interior de la Comunidad. Cfr. Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, "La CNMC incoa expediente sancionador contra Pfizer, S.L.U. por posibles prácticas restrictivas de la competencia", Nota de prensa, 05 de marzo de 2015 (<http://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1135/La-CNMC-incoa-expediente-sancionador-contra-Pfizer-SLU-por-posibles-pr225cticas-restrictivas-de-la-competencia.aspx>).

⁴⁴⁸ Cfr. "Las grandes cadenas se comen al pequeño comercio y lo dejan al borde de la ruina", *El Confidencial*, 17/07/2013 (<http://www.elconfidencial.com/economia/2013/02/04/las-grandes-cadenas-se-comen-al-pequeno-comercio-y-lo-dejan-al-borde-de-la-ruina-114196>): "De hecho, y como ponen de relieve las autoridades de Competencia, el grado de concentración 'ha experimentado una tendencia creciente', como pone de manifiesto el aumento en 9,3 puntos porcentuales de la cuota de mercado conjunta de los cuatro operadores principales entre los años 2002 y 2009." El Derecho *antitrust* norteamericano hace mucho abandonó la preocupación por los más desfavorecidos y se decantó por la eficiencia en la medida en que la economía se ha globalizado.

oscilan entre un máximo y un mínimo, pero que, al mismo tiempo, son sumamente relativos -por eso, los precios pueden subir en Navidades y en verano en zonas turísticas aun cuando no exista razón de escasez que lo justifique-.⁴⁴⁹ Se trata de la evolución *ordinaria* del mercado, dentro de sus propias circunstancias.

Por ese motivo, la conducta principal en un tipo de injusto de carteles de núcleo duro no puede estar vinculada exclusivamente al sistema de precios, sino que tiene que orientarse al acuerdo que puede ser, incluso, un pacto de no competencia. Las conductas anticompetitivas que deberían integrar un tipo de injusto de carteles son aquellas que atentan contra el sistema de mercado a través: a) del establecimiento de restricciones o cuotas de producción, b) la división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio (pacto de no competencia), c) las alteraciones de precios en situaciones de no competencia entre competidores.⁴⁵⁰ Lo que proponemos, por consiguiente, es que el ámbito de protección de la norma se extienda también a dichas conductas, yendo del sistema de protección de precios al de la protección de competencia en los mercados.

268. Con relación al grado de riesgo, no toda alteración de precios o reparto del mercado es penalmente relevante, pues es necesario que el hecho sea *objetivamente idóneo* para alterar la competencia en el mercado. No basta con cualquier comportamiento, sino que debe tener cierta *gravedad* y, además, *idoneidad* para afectar a la competencia; es decir, que la alteración de los precios o el reparto de mercado que se pretende deben tener un *alcance general*.⁴⁵¹ Así

⁴⁴⁹ Esto explica por qué en Estados Unidos: a) algunos acuerdos verticales también forman parte de la Sección 1ª de la *Sherman Act*; b) las prácticas que hacen referencia a otros aspectos de la relación comercial distintos al precio, como por ejemplo, los acuerdos anudados o los acuerdos de distribución exclusiva, regulados por la Sección 3ª de la *Clayton Act*, han sido más toleradas tanto por los Tribunales como por la legislación del Congreso, a no ser que sus efectos anticompetitivos fueran evidentes. En España, son atípicas las conductas de precios abusivos ante la escasez de un bien y las conductas de acaparamiento tienen relevancia penal solo si los productos son de primera necesidad. Por otro lado, si el precio es intervenido por el Estado y no se fija libremente, pues está sometido a control o autorización administrativa, no se tipifica el delito de cartel.

⁴⁵⁰ Res. C-0550/14. Cfr. también: “Competencia multa con 32,4 millones a cinco petroleras por pactar precios”, *El País*, Economía, edición de 25/02/2015 (http://economia.elpais.com/economia/2015/02/25/actualidad/1424859682_727919.html).

⁴⁵¹ STS, Sala de lo Penal, núm. 575/2004, de 11 de mayo de 2004, ponente Juan Saavedra Ruiz, (RJ\2005\5212); y STS de 11 de noviembre 1983, ponente Martín Jesús Rodríguez López, (RJ\1983\5483), a respecto de la existencia de una especulación de largo alcance; también la STS de 2 de octubre 1979, ponente Manuel García Miguel, (RJ\1979\3315), que enjuició un caso de un colectivo

que para excluir las conductas de menor importancia, proponemos, a semejanza con los delitos tributarios, que el daño causado a los consumidores sea superior a los 120.000 euros para tipificarse como ilícito penal.⁴⁵² Los carteles económicos de núcleo duro sin entidad suficiente para causar dicho perjuicio a los consumidores, como por ejemplo, carteles con una actuación muy limitada en términos geográficos y que afectan a un mercado relevante pequeño, serían perseguibles a través de las instancias administrativas.

C.3) Delito de peligro abstracto y de consumación anticipada

269. El art. 284.1 CP es un delito de *consumación anticipada* o *delito de emprendimiento*, en el que se adelanta la línea de la intervención penal a un momento anterior al de la lesión, con lo que la mera *tentativa de alteración de los precios* aunaría suficientes riesgos para el bien jurídico protegido. La tipicidad penal se verifica con la mera acción del sujeto activo, suficiente para la comprobación de una peligrosidad general. No es posible apuntar aquí todos los problemas político-criminales que plantea el uso de la técnica legislativa de los delitos de peligro.⁴⁵³

de panaderos que intentó forzar una alteración general del precio del pan mediante el procedimiento concertado consistente en la reducción del peso del pan en un 30%. Cfr. NIETO MARTÍN, “Aspectos de la Protección penal”, p. 126: “en cuanto a la duración merece destacarse que en alguna resolución el Tribunal utilizando el principio de oportunidad que consagra la Ley, cuando los acuerdos han tenido una duración muy limitada ha omitido cualquier tipo de sanción; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia, 2013, pp. 340-341.

⁴⁵² Utilizamos, analógicamente, la cuantía establecida en el delito tributario del art. 305, CP.

⁴⁵³ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico empresarial”, SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Madrid, 2008, pp. 87 y 102: “Asimismo, hay que incluir aquí también todas aquellas restricciones típicas que en general permitan colegir que el injusto vulnera las antecitadas condiciones de seguridad que deben ser garantizadas por el Estado y que, por tanto, posibiliten una adecuada reducción teleológica de los tipos. Ello impone, como pauta general, el logro de la mayor *taxatividad* posible en la descripción típica y, en concreto, una precisa delimitación del círculo de *sujetos activos* con expresión en su caso de los especiales deberes que les incumben en relación con la protección del bien jurídico (esto es, una precisa configuración de los delitos especiales propios, como, p. ej., se hace en el delito de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 285), a lo que cabría agregar un incremento en el desvalor de acción estrictamente considerado, merced a la inclusión de especiales modalidades de conducta que resulten especialmente intolerables (como, p. ej., sucede en el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, del art. 284, o en el delito societario de imposición de un acuerdo lesivo del art. 292)”.

El *delito de aptitud* sería una categoría intermedia entre el peligro concreto y el abstracto según la doctrina;⁴⁵⁴ como señala *Martínez-Buján Pérez*, “no se trata de delitos en los que el juez no debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso concreto ni verificar la peligrosidad en ese caso, sino que en principio debe calificar la acción como peligrosa al margen de dichas circunstancias. En otras palabras, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno para los bienes jurídicos de sujetos individuales, dado que tal peligro es simplemente ‘un motivo’ ponderado por el Legislador a la hora de decidir la criminalización del comportamiento”.

Se recomienda la sanción de los acuerdos colusorios para evitar el daño a los consumidores, a la competencia y al sistema de economía de mercado.⁴⁵⁵ Eso conduce a que el acuerdo colusorio sea penalmente relevante *per se*, incluso cuando no logra la pretendida alteración de precios de los productos, mercancías o servicios.

Desde un pronóstico *ex ante*, lo que se debe verificar es si la acción se subsume formalmente en el tipo penal y es apta para producir un peligro abstracto para la competencia; en este caso, lo único que habría que comprobar es la idoneidad de la conducta.⁴⁵⁶

270. La consumación del injusto típico de carteles se configuraría, por ejemplo, con las reuniones previas, las deliberaciones y decisiones, formales o no, y, luego, la ejecución consistiría en la posterior tentativa de alteración de precios, reparto de mercados, etc. El intercambio de informaciones sensibles sobre los precios entre competidores no es un mero acto preparatorio del acuerdo, sino que ya supone un peligro relevante –concebido como probabilidad de lesión–

⁴⁵⁴ Son los denominados delitos de peligro abstracto-concreto. Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los delitos de peligro”, pp. 89-90, donde señala que si bien es cierto se pretende dotar dicha categoría de autonomía, la doctrina mayoritaria los remete a los delitos de peligro abstracto.

⁴⁵⁵ Se contemplaban tipos penales de carteles en los textos de los Proyectos de Código penal de 1980, 1983 y 1992, mediante la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro.

⁴⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los delitos de peligro”, p. 94, donde señala con relación a los bienes jurídicos colectivos inmateriales que: “En cambio, en los restantes delitos en los que no es posible identificar un bien jurídico representante que sea susceptible de ser lesionado (*v. gr.*, delitos contra la libre competencia o contra el medio ambiente ecocéntrico), la ofensividad debe verse directamente en el peligro abstracto para el bien colectivo inmaterial”.

para el bien jurídico-penal competencia.⁴⁵⁷ Por eso, en algunas legislaciones, el tipo penal se denomina tipo de injusto de formación de carteles.⁴⁵⁸

C.4) Delito plurisubjetivo

271. El art. 284.1 CP emplea la fórmula plural, aunque no se trata de un delito plurisubjetivo. Es propio de la esencia de los carteles el régimen de co-ejecución, pues se trata de un acuerdo de voluntades, donde deben concurrir, al menos, dos competidores; o sea, debe existir bilateralidad en el acuerdo. La cuestión es si es necesario tipificarlos como un delito plurisubjetivo. A nuestro juicio, no es imprescindible, pues de la redacción misma del tipo de injusto, al referirse a acuerdos, ya se llega a la conclusión de que es necesaria la bilateralidad.

Sin embargo, hay relaciones empresariales donde eso no queda tan claro como, por ejemplo, en el caso de los grupos de empresas bajo el mando de una matriz y con filiales que no tienen control alguno sobre el comportamiento económico, actuando en muchas ocasiones como meras herramientas o instrumentos de la empresa madre. En el campo penal no se aplicaría el concepto de *unidad económica* existente en la copiosa jurisprudencia del TJCE y en innumerables decisiones de la Comisión europea, pues habría que verificar el comportamiento de los empleados, directivos y representantes que actúan en nombre del grupo o de cada una de las empresas que lo forman. De otro lado, tampoco puede imputársele a la persona jurídica el hecho ilícito de la persona física que actúa en su nombre, pero extralimitándose en las funciones que tiene asignadas.⁴⁵⁹

Evidentemente, al carecer las personas jurídicas de un poder real de acción, lo que ocurre es que se acude a la ficción de imputarle los hechos que realicen las

⁴⁵⁷ Cfr. POSADA DE LA CONCHA/GARCÍA DE FRUTOS, “Intercambios de información entre competidores. Actuaciones de la CNMC en un caso reciente”, en CASES PALLARÈS (dir.), *Anuario de la competencia 2014*, Madrid, 2015.

⁴⁵⁸ En contra: ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 148, donde propugna que el intento de alterar los precios de las cosas debería equipararse a una conducta anticompetitiva concreta, como por ejemplo la formación de un cartel de precios, y “en esta conducta anticompetitiva (sic) concreta (a la cual anteceden reuniones, deliberaciones, decisiones formales o no y, luego, la ejecución consistente en la alteración del precio) es plenamente posible la tentativa”. El autor sitúa las reuniones y deliberaciones en el campo de la tentativa y la alteración de precios como el inicio de ejecución, lo que, desde luego, no es posible si se toma en consideración que el tipo de injusto del art. 284.1 CP es de peligro abstracto.

⁴⁵⁹ Cfr. NIETO MARTÍN, “Aspectos de la Protección penal”, p. 122.

personas físicas, como hemos visto más arriba al analizar los efectos de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el campo probatorio con la posibilidad del enjuiciamiento conjunto de personas físicas y jurídicas.⁴⁶⁰ Sin embargo, el mero hecho de estar involucrada la persona jurídica no configura la plurisubjetividad, que tendría que ser entre dos o más personas físicas, de empresas que compiten entre sí en un mercado. El verbo típico *concertar* o *coligar* ya exige que se trate de más de una persona física y de empresas competidoras. En conclusión, no es necesario utilizar la técnica de tipificar el delito como plurisubjetivo.

C.5) La exclusión de los medios comisivos típicos del art. 284.1 CP por inadecuados a la tipificación de los carteles de núcleo duro

272. La violencia⁴⁶¹ y amenazas no son inherentes a un acuerdo colusorio, pues la adhesión al cartel es, como regla, voluntaria. De ahí que los medios comisivos enumerados en el tipo penal conduzcan a que se afirme que “numerosas conductas pertenecientes al ámbito de las prácticas *antitrust* no fueran objeto de sanción penal”⁴⁶² y que el tipo de injusto del art. 284 CP no permite alcanzar los convenios limitadores de la competencia que se refieren a “un fenómeno criminológico moderno y más sutil que la exclusión de concurrentes por medio de amenazas u otros medios cuya utilización es por sí misma delictiva”.⁴⁶³

Estamos de acuerdo en que la utilización de tácticas de coerción o amenazas en contra de otros participantes del mercado (*Bullying behaviour*) no es común en las colusiones. Aunque el empleo de violencia o amenaza sea la excepción, en ocasiones se produce en la práctica como, por ejemplo, en el cartel de las tuberías pre-aisladas (*Pre-Insulated Pipes Cartel*), incluso con actos de

⁴⁶⁰ Véase el Apartado II.2, de la Tercera Parte (La *ultima ratio* y la protección teleológica del bien jurídico), en especial el ítem E.5, que trata de la responsabilidad penal de las personas física y jurídica.

⁴⁶¹ STS 23 de enero de 1978; donde se señala que la conducta “no queda circunscrita a medios astutos, engañosos o falaces, sino que comprende también los *modus operandi* violentos, ejercitados sobre las personas o las cosas, así como también los coactivos o intimidantes”.

⁴⁶² Cfr. SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El nuevo Código penal*, p. 406.

⁴⁶³ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, p. 270: “(...) de otro lado, en el C.p. de 1995 sigue sin existir una figura específicamente dedicada a sancionar esta clase de comportamientos. Sí se contemplaban, en cambio, conductas de esta índole en los textos de Proyectos españoles anteriores, de 1980, 1983 y 1992, aunque de modo no coincidente entre ellos (Véase sobre tales textos, *Martínez Pérez*, 1993, 389 ss.)”. En el mismo sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 14, 1981, p. 221.

violencia física.⁴⁶⁴ Así que, de momento, nos quedamos con la idea de que exigir el empleo de violencia o amenazas prácticamente impide la adecuación típica, una vez que en la mayoría aplastante de los casos los miembros de los carteles económicos no actúan con agresividad.

273. Ahora centraremos nuestro análisis en el tercer medio comisivo: el engaño. Cabría plantear la cuestión de si la colusión es una especie de estafa a los consumidores; según *Brage Cendán*, “en el delito de alteración de precios del art. 284 el engaño, que debe estar orientado a la alteración de los precios, debe ostentar un carácter general, esto es, debe ir dirigido normalmente a una generalidad de personas, como en las estafas colectivas, si bien, se diferencia de éstas en que aquí el engaño no está encaminado a una inmediata disposición patrimonial, sino que el engaño debe relacionarse con las futuras afecciones de los patrimonios logradas a través de la alteración de los precios de las cosas”.⁴⁶⁵ La diferencia con relación al injusto de estafa es que en éste el engaño típico está orientado a dañar a una o más víctimas, mientras que en los supuestos colusorios se trata de un engaño colectivo, que afecta a un número indeterminado de personas.

274. En Alemania, la necesidad de introducir el tipo de injusto de acuerdos restrictivos contra la competencia en las licitaciones (art. 298 StGB), “se hizo patente ante la imposibilidad práctica de recurrir al tipo tradicional de ‘estafa’ para reprimir graves casos que conmovieron a la opinión pública durante décadas. Es así que, pese a que se habían descubierto evidentes casos de concertación de precios (y favorecimiento descarado) entre algunas empresas de distintos ramos de la industria, sobre todo de la construcción, que formaron durante años verdaderos ‘carteles de licitación’, los procesos penales solían terminar en sobreseimientos debido a que no se podía probar la presencia del elemento ‘perjuicio patrimonial’ necesario según el tipo alemán de ‘estafa’ (art. 263 StGB). El problema consistía en que, debido a su naturaleza, las prestaciones que se dan a la administración pública suelen tener un carácter particular; o sea, no existe un ‘mercado paralelo’ que pueda demostrar el costo ‘justo’, ‘competitivo’ y, por lo tanto, es imposible deducir el ‘perjuicio’ causado

⁴⁶⁴ COM., CE OJ 1999 L24, p. 1, Decisión 1999/60/EC, 21 de octubre de 1998 (Caso núm. IV/35.691/E-4 - *Pre-Insulated Pipe Cartel*).

⁴⁶⁵ Cfr. BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, pp. 221-222. Así pues: “en la estafa existe necesariamente una relación directa, mediata o inmediata, entre el delincuente y el sujeto pasivo, relación que en el delito que estamos examinando puede no darse y, más bien, ordinariamente no existe”.

en el sentido de ‘monto’ excesivo dirigido o pagado por la administración pública”.⁴⁶⁶

275. Por otro lado, se puede argumentar que si el bien jurídico-penal es la competencia, no se trata de influir en la psique de un colectivo de personas (los consumidores), sino de impedir que exista la libre competencia en el mercado. Al ponerse de acuerdo, los beneficiarios del cartel tienen por objetivo eliminar la competencia y obtener unos beneficios económicos extras, pero hay una contrapartida al consumidor en términos de la entrega del producto. El consumidor, de hecho, puede elegir entre no comprar el producto, comprar otro similar o sustituirlo por otra clase de producto que cumpla con la finalidad deseada. Además, la colusión puede darse a la baja beneficiando al consumidor y afectando tan solo a las empresas concurrentes.⁴⁶⁷

275. Por consiguiente, “no se puede decir que lo directamente menoscabado por la formación de un cartel sea el patrimonio de los consumidores, y que su menoscabo sea similar al que se produce con los delitos de apoderamiento. En efecto, a diferencia del hurto o robo, la compra de productos de los miembros de un cartel es normalmente un intercambio voluntario. La transacción se debe a que el consumidor desea el bien que se ofrece a un precio inferior al precio de reserva, esto es, a la cantidad que como máximo está dispuesto a pagar. Los consumidores que pagan en exceso resultan perjudicados, tienen menos dinero después de la transacción que el que tendrían si se hubiera llevado a cabo en un mercado más competitivo. Sin embargo, no parece que el mero hecho de que alguien tenga menos dinero sobrante después de una transacción deba equipararse al ataque al patrimonio procedente de un delito de hurto o robo. Quizás se acerca más a un comportamiento fraudulento que, en su caso, habría que valorar si es reconducible a algún delito patrimonial como, por ejemplo, la estafa (como ocurrió en su momento en Alemania)”.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 153.

⁴⁶⁷ El delito del artículo art. 281 CP protege básicamente intereses de los consumidores y no la competencia. La doctrina señala que lo que se pretende es que el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad se lleve a cabo en condiciones de normalidad; así resulta coherente la agravante de practicar el delito en situaciones de grave necesidad o catastróficas, como en épocas de crisis económica, guerras, etc. Forzar una alteración de precios a través de la detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad no se considera un cartel económico, pues no hay un acuerdo de voluntades entre los competidores, que siguen compitiendo, pero hay un desabastecimiento de productos o materias primas en el mercado ocasionado por el ánimo de elevar los precios o de perjudicar gravemente a los consumidores.

⁴⁶⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, “La sanción penal”, p. 89.

276. Es interesante analizar el caso chileno, donde se defiende, por una parte de la doctrina, que es posible la subsunción de las colusiones secretas en el delito de maquinaciones del art. 285 CP de Chile, pues el engaño típico de éstas no tiene por qué tener una cualidad determinada, “en el sentido de ser un engaño bastante como el exigido por el Código penal para el delito de estafa, sino que bastaría con cualquier engaño que fuera idóneo para conseguir alterar los precios del mercado”.⁴⁶⁹

277. El engaño al consumidor ya “satisface a la perfección las exigencias que la literatura especializada le impone al llamado *engaño concluyente*; esto es, simplificando al máximo, casos en que lo declarado expresamente se ve contradicho lógicamente, empíricamente o normativamente por la ausencia de una circunstancia que, en cuanto presupuesto del sentido de la declaración, se entiende implícita en ella sin necesidad de mención expresa”,⁴⁷⁰ pues el consumidor piensa que el precio que está pagando es el que resulta de la competencia en el mercado, cuando en realidad fue acordado de antemano entre las empresas, que lo están engañando.

278. Por tanto, el engaño concluyente puede perfeccionarse en el contexto del sistema económico, pues en las ofertas de bienes y servicios al consumidor *va implícita la declaración de que el precio es el que resulta de la libre competencia*; es decir, resulta de la que los oferentes ejercen en el mercado. Como señala *Hernández Basualto* refiriéndose al tipo penal chileno de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, “no sería el engaño concluyente lo que da lugar a la alteración del precio natural de los productos o servicios, sino que el acuerdo colusorio mismo sería el que directamente provoca ese efecto”.⁴⁷¹ El engaño sería, entonces, un componente esencial “para que los destinatarios de la oferta estén dispuestos a aceptarla en sus términos y, de ese modo y recién entonces, se forme efectivamente el precio del producto o servicio”,⁴⁷² y aunque el tipo penal exigiera la realización de una conducta

⁴⁶⁹ Cfr. ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Los delitos bursátiles*, p. 225. Cfr. NIETO MARTÍN, “Aspectos de la Protección penal”, p. 135, donde señala que al respecto existe en la doctrina básicamente dos posiciones: la interpretación restrictiva que realiza *García Pablos*, mientras que otra línea doctrinal realiza una interpretación más amplia de dicho término: “proyecto o asechanza artificiosa dirigida regularmente a mal fin”, sobre el anterior delito de los arts. 540 y 541 CP.

⁴⁷⁰ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, “La punibilidad de la colusión”, pp. 155-156.

⁴⁷¹ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, “La punibilidad de la colusión”, p. 156.

⁴⁷² Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, “La punibilidad de la colusión”, p. 156. Cfr. KINDHÄUSER, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en

engañosas, concluye el autor que las conductas de colusión de precios satisfarían sin dificultades dicha exigencia. La conclusión, por lo tanto, es que las colusiones son una especie de fraude colectivo a los consumidores.

279. A nuestro juicio, el engaño no es compatible con la consumación anticipada y con la estructura del delito de peligro abstracto. De otra forma, no sería posible explicar que el delito se consuma con el mero acuerdo de voluntades y exigir que se produzca un engaño en los consumidores, antes de que el producto o mercancía llegue al mercado. Por ese motivo, veremos a continuación como quedaría la redacción del tipo penal con las observaciones que hemos realizado.

C.6) El subtipo agravado de carteles en licitaciones

280. Con relación a los carteles en licitaciones, a nuestro juicio, debería tipificarse en un subtipo agravado del art. 284 CP, utilizando una redacción que se aproxime del tipo de injusto del §298 StGB, de acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas,⁴⁷³ pero sin excluir las conductas que tipifican los carteles en subastas en el tipo de injusto del art. 262 CP.

ARROYO ZAPATERO [et. al.], *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en homenaje al prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 452: “En Derecho penal económico no veo (en lo fundamental) ningún problema de legitimación en la quiebra (§ 283 StGB) o en la usura (§ 302 a StGB). En las figuras derivadas de la estafa –estafa informática, estafa de subvenciones, estafa de crédito, estafa de inversiones- no quiero, en lo esencial, negar la corrección de la protección –parcial y ligada a modalidades de agresión tipificadas- del patrimonio y de la libertad de disposición. Solamente considero problemático que de los elementos fácticos de la estafa –es decir, engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio patrimonial, unidos por ánimo de lucro- solo se hayan mantenido elementos objetivos (en parte rudimentarios) del engaño. Para que fueran equiparables a la estafa debería, en mi opinión, incorporarse al tipo de injusto la concreta aptitud lesiva, así como asegurarse de que se están vulnerando garantías de veracidad; el comportamiento incriminado debe siempre interpretarse como menosprecio de la esfera de libertad ajena”.

⁴⁷³ Cfr. LÓPEZ DÍAZ (trad.), *Código penal alemán*, p. 104: “§298 (1) Quien presente en una licitación pública sobre mercancía o servicios comerciales una oferta que se base en un acuerdo ilegal que tiene por objetivo motivar al organizador a la aceptación de una propuesta determinada, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa; (2) A la licitación pública se equipara en el sentido del inciso 1 la licitación privada de un pedido después de un concurso previo de participación; (3) Conforme al inciso 1, también en relación con el inciso 2, no será castigado quien impida que el organizador acepte la propuesta o que éste ofrezca sus servicios. Si sin intervención del autor no se acepta la propuesta o no se ofrece los servicios del organizador, entonces permanecerá sin castigo si se esfuerza voluntaria y seriamente para impedir la aceptación de la propuesta o la prestación de los servicios”.

281. En no pocas ocasiones los empleados de la Administración pueden ser cómplices necesarios o co-ejecutores del delito de carteles en licitaciones; además pueden incurrir, en su caso, en el delito del art. 436 CP, de fraudes en la contratación pública,⁴⁷⁴ que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, prevé: “La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a siete años”.

282. El medio utilizado para actuar es el *fraude*, existiendo connivencia entre el funcionario y terceros para defraudar a la Administración, lo que se verifica a través del *sobreprecio* en la contratación o a través de otras conductas anticompetitivas (ofertas de resguardo o simbólicas, supresión o rotación de ofertas, etc.). El perjuicio consiste en la mayor disposición patrimonial al adjudicarse el contrato a la empresa que formalizó un presupuesto superior al licitado, lo que implica una contratación desventajosa para la Administración.⁴⁷⁵

El tipo de injusto del 436 CP exige la participación de autoridades o funcionarios públicos, lo que generaría un problema, pues si en el acuerdo colusorio toman parte solamente los particulares el hecho es atípico -o tendría que reconducirse al tipo de injusto de alteración de precios del art. 284 CP-,

⁴⁷⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial*, p. 755, que incluye la posibilidad de que el funcionario incurra en el delito de cohecho.

⁴⁷⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial*, p. 1837: “El delito se consume con el acuerdo de voluntades o con la realización del artificio destinado a defraudar a la Administración, sin que sea necesaria la efectiva causación de un perjuicio, ni la obtención de una ventaja por el funcionario (STS 16 febrero 1995 [RJ 1995, 1176]). Se ha mantenido en la doctrina que, de producirse efectivamente el perjuicio, este delito podría entrar en concurso con el delito de estafa”.

mientras que si se suman a él las autoridades o los funcionarios de la Administración, estaría tipificado como fraude contractual del art. 436 CP. Por ese motivo, la proposición de un subtipo agravado de carteles en licitaciones sería la solución más adecuada, pues, así, los casos de colusión con participación de las autoridades o funcionarios públicos se remitirían directamente a dicho tipo de injusto, quedando en el 436 CP otros tipos de fraudes contractuales donde no hubiese colusión.

II. CONCLUSIONES DE LA CUARTA PARTE – PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Primera – Los cambios propuestos en la redacción típica están destacados a través de la utilización de letras en cursiva. La nueva redacción del tipo de injusto de carteles de núcleo duro que se propone es la siguiente:

Sección 3ª De los delitos relativos al mercado y a los consumidores

Artículo 284.

1º Los que *se concertaren entre sí con el fin de alterar los precios, establecer restricciones o cuotas de producción, dividir o repartir mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio o cualquier otra condición que garantice la competencia en los mercados*, de productos, mercancías o servicios, siempre que la cuantía del daño indebidamente obtenido o disfrutado exceda de ciento veinte mil euros en el año fiscal, serán castigados con la pena de prisión de *uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía*;

2º Serán castigados con la pena de prisión de *dos a seis años y multa de doce a veinte y cuatro meses* los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio, *los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio o cualquier otra condición que garantice la competencia en las licitaciones*, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación;

3º *Los Jueces y Tribunales podrán imponer a los autores del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputados reconozcan judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable a otros partícipes en el delito distintos de los autores, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio de los autores o de otros responsables del delito. En los supuestos*

previstos en el apartado anterior, no será castigado quien impida que el organizador de la licitación acepte la propuesta o que éste ofrezca sus servicios.

4º Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses los que... (Igual que el actual art. 284.2)

5º Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses los que... (Igual que el actual art. 284.3)

Segunda – Respecto a la pena, proponemos que se imponga la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador y de uno a cuatro años para ejercer la profesión o cargo; *así como inhabilitación especial para licitar en concursos y subastas judiciales entre tres y seis años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a seis años.*

Coincidimos con lo que propone *Sánchez Lázaro*, cuando señala que “a la vista de las conductas y de las penas previstas para delitos de similar identidad, parece proporcionada una pena de uno a cuatro años de privación de libertad”.⁴⁷⁶ Lo que no vemos adecuado es que la pena privativa de libertad se establezca de forma alternativa, pues esto restaría fuerza coercitiva al tipo. Por fin, es imprescindible la fijación de una pena de inhabilitación para ejercer la profesión o cargo durante un tiempo determinado y la pena de inhabilitación especial. Hemos incluido el arrepentimiento de acuerdo con los programas de clemencia, para incentivar a las delaciones y la colaboración en la investigación.

⁴⁷⁶ Cfr. GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, *Política Criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Madrid, 2007, p. 56, donde pone de relieve la necesidad de la responsabilización de las personas físicas y jurídicas: “además, junto con la exigencia de responsabilidad penal a los individuos involucrados en los carteles, su criminalización llevaría aparejada la aplicabilidad a las empresas de las *consecuencias accesorias* establecidas por el art. 129 del CP, precepto que habría que repensar, entre otros aspectos, en cuanto a la posibilidad de prever en él la imposición de sanciones pecuniarias a las sociedades y demás entidades contempladas por el mismo, de forma que sea posible que el hecho punible sea enjuiciado en su conjunto en relación con todas las consecuencias sancionatorias reguladas por el ordenamiento. Adicionalmente, al acumularse en España la pretensión civil de restitución, reparación o indemnización a la pretensión penal en el proceso penal, la cuestión de los daños ocasionados por la conducta anticompetitiva a otras empresas o a los consumidores sería tratada en el proceso penal, salvo renuncia o reserva de la acción por los perjudicados”.

Tercera – Proponemos la siguiente redacción de las Disposiciones comunes a las secciones anteriores:

Sección 5ª Disposiciones comunes a las secciones anteriores

Artículo 288.

En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su publicación total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1. En el caso de los delitos previstos en los artículos (...).
2. En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis: a) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.
3. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Cuarta - Proponemos la siguiente ubicación sistemática para el tipo de injusto de carteles económicos.

Capítulo XI – Delitos contra la competencia

Sección 3ª – De los delitos contra la competencia

Art. 284 – *Carteles económicos de núcleo duro* [Lo que implicaría la supresión del art. 262]

Art. 285 – Uso de información privilegiada

Art. 286 bis – Corrupción entre particulares

Sección 4ª – De los delitos de competencia desleal

Arts. 278, 279, 280 – Delitos relativos a violaciones de secretos industriales o empresariales⁴⁷⁷

Art. 286 – Piratería de servicios y productos multimediales

Sección 5ª – De los delitos contra los consumidores

Art. 281 – Detracción del mercado de mercaderías de primera necesidad

Art. 282 – Publicidad engañosa

Art. 282 bis – Estafa de inversores

Art. 283 – Facturación ilícita

Estamos de acuerdo con *Martínez-Buján Pérez* al señalar que entre los delitos contra los consumidores y los delitos contra la competencia existe un estrecho parentesco que explica su inclusión en la misma sección,⁴⁷⁸ añadiendo que, por una parte, la Sección 3ª cobija los delitos contra el *libre mercado* o contra la libertad de competencia, que se destinan predominantemente a garantizar la propia existencia de ellos, concebidos como condición esencial para el funcionamiento de la economía de mercado. Por otra parte, recoge lo que se ha denominado *genuinos* delitos socio-económicos contra los *consumidores*, los cuales se dirigen a preservar auténticos intereses difusos de los consumidores y que, en concreto, vulneran prevalentemente el interés de este grupo colectivo en

⁴⁷⁷ Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2011, p. 201: “(...) lo cierto es que, a la postre, el Legislador de 1995 optó por situar las violaciones de secretos empresariales en esta sección 3ª. Aunque esta decisión pueda ser discutible, creo que tampoco debe ser considerada un desacierto, desde el momento en que la ejecución de dichos delitos afecta indirectamente pero ineluctablemente a los genuinos intereses socio-económico de los consumidores e incluso al interés estatal en el mantenimiento de un orden concurrencial saneado. De ahí que, en ausencia de una sección específica concerniente a la leal competencia (que sin duda hubiese sido la solución más correcta), pueda defenderse su integración en la sección 3ª del capítulo XI”.

⁴⁷⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 200: “(...) aun sin desconocer la autonomía científica de un Derecho penal de la ‘competencia económica’ en cuanto categoría sistemática dotada de características propias, resulta no solo factible sino también necesario distinguir dentro de la misma la especificidad que presentan dos familias delictivas: la de los delitos contra el libre mercado y la de los delitos contra los consumidores. En este sentido, hay que destacar la gran proximidad existente entre ambas familias delictivas, una proximidad que justifica su regulación conjunta en el texto punitivo. Semejante afinidad, y su correlativa especificidad en el marco del capítulo XI, se deriva esencialmente ante todo de la idea (dogmática) de que los mencionados delitos se orientan a preservar bienes jurídicos de naturaleza supraindividual del orden económico constitucional, a diferencia de las restantes infracciones incardinadas en el mencionado capítulo, que vulneran inmediatamente desde un punto de vista técnico bienes jurídicos de naturaleza individual”.

el orden del mercado, de la misma naturaleza dogmática que la seguridad del tráfico, la seguridad colectiva o la salud pública.⁴⁷⁹

En conclusión, se ha desperdiciado la oportunidad de dar a dicha sección mayor técnica y coherencia, promoviendo la reunión de estos delitos bajo la rúbrica *De los delitos contra la competencia*, que es efectivamente el bien jurídico-penal protegido.⁴⁸⁰ Esta decisión es coherente con la normativa extrapenal⁴⁸¹ (Ley de Mercado de Valores, Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Competencia Desleal, etc.). Por lo tanto, proponemos que el capítulo de los delitos contra la competencia cobije los tipos de injusto de alteración de precios (adaptados al

⁴⁷⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 201: “De conformidad con esta caracterización, habría que situar aquí, desde luego, las infracciones previstas en el art. 282 (el llamado ‘delito publicitario’) y en el art. 283 (el delito de facturar cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos), pero también, aunque la cuestión sea opinable, el delito del art. 281 (detracer del mercado materias primas o productos de primera necesidad), aunque su configuración típica le aproxime también a una infracción contra la libertad de competencia o libre mercado”. El autor señala que la ubicación de los delitos relativos a violaciones de secretos industriales o empresariales (arts. 278, 279 y 280) en la sección 3ª suscita algunas dudas desde la óptica de los bienes jurídicos protegidos, pues “constituyen auténticos delitos de competencia desleal y, en cuanto tales, se caracterizan por menoscabar en primera línea un bien jurídico individual, a saber, los intereses legítimos de los empresarios competidores. Y este es desde luego el fundamento de su tipificación penal, lo cual aproxima dogmáticamente tales delitos a las infracciones contra la propiedad industrial”.

⁴⁸⁰ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 248, donde reconoce la autonomía científica de un Derecho penal de la “competencia económica”, en cuanto categoría sistemática dotada de características propias. En el mismo sentido: Cfr. SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS/GÓMEZ-JARA DÍEZ, en SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2011, p. 406; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, p. 598; BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, p. 64; SANTANA VEGA/GÓMEZ MARTÍN, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 627; SUÁREZ GONZÁLEZ, “Aspectos político-criminales de los delitos socio-económico en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en CORCOY BIDASOLO (Dir.)/LARA GONZÁLEZ (Coord.), *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, 2002, p. 214. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, p. 574.

⁴⁸¹ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 146: “En lo referente a la *protección penal de la libre competencia*, se puede observar que el Legislador penal español no ha seguido una línea coherente con los desarrollos del Derecho extrapenal.”, también p. 142: “El *área jurídica extrapenal* ha sido muy dinámica y ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas; a medida que se ha ido reconociendo la necesidad de proteger mecanismos básicos de funcionamiento del sistema, se han ido dando leyes especiales encargadas de regular la actuación de los participantes del mercado en distintos sectores. Así han surgido también sendas áreas jurídicas altamente especializadas y autónomas (que antes eran comprendidas bajo un ‘Derecho económico’) tales como: el Derecho de la libre competencia (o Derecho Antitrust), el derecho de la leal competencia y de la publicidad, Derecho de la propiedad industrial, Derecho bancario, etc.”.

delito de carteles económicos de núcleo duro),⁴⁸² uso de información privilegiada (*insider trading*) y corrupción privada; mientras que en otra sección ubicamos a los delitos de *competencia desleal*⁴⁸³ y en otra los delitos contra los *consumidores*.⁴⁸⁴

⁴⁸² En el mismo sentido: BRAGE CENDÁN, *Los delitos de alteración de precios*, pp. 51, 90 y 337-339, donde señala que: “(...) de forma coherente con nuestra comprensión sobre el bien jurídico protegido en el art. 262 Cp., hubiese sido preferible acomodar este precepto al lado de otras infracciones sobre precios, concretamente, dentro de la sección 3ª, Capítulo XI, del Título XIII, del Libro II, que lleva por rúbrica *De los delitos relativos al mercado y a los consumidores*” (con lo que estamos de acuerdo, pero nuestro punto de vista es más amplio –se trata de la competencia-, que es el hilo conductor de los delitos contra el mercado –bursátil o económico-, y también engloba la competencia *lato sensu* –competencia desleal y competencia *stricto sensu*- lo que permite una unidad sistemática en la sección 3ª). Claramente en contra de este punto de vista: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, p. 334, por entender que se trata de un delito de naturaleza privativamente individual, sin proyección sobre el orden socioeconómico en el sentido que posee el delito del art. 284 CP.

⁴⁸³ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, “Delitos contra el mercado”, p. 162: “en el Derecho extrapenal se reconoce que la ‘competencia’ tiene dos aspectos: el de ‘libertad’, entendido como *derecho a y deber de* competir, y el de la *lealtad*, es decir, un deber relacionado con *la forma cómo* debe realizarse la competencia.”. Cfr. también CERVINI/ADRIASOLA, *El Derecho penal de la empresa. Desde una visión garantista. Metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social*, Buenos Aires, 2005, p. 294, señala que también afectan a la libre concurrencia los delitos de desviación de clientela, “se trata de casos en los que una empresa, mediante maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier otro medio de propaganda desleal, trate de desviar en su beneficio la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

⁴⁸⁴ El delito de dopaje podría ubicarse en este capítulo si el tipo penal no exigiera la puesta en peligro para la vida o la salud del deportista; sin embargo, el juego limpio (*fair play*) no es el objeto inmediato de la protección penal, sino que lo que se protege es ante todo la salud pública.

CONCLUSIONES FINALES

Primera – Hemos visto que los carteles económicos de núcleo duro -o restricciones horizontales de la competencia- son acuerdos o comportamientos coordinados entre empresas situadas en el mismo nivel de la cadena de producción para restringir o eliminar la competencia entre sí a través de la fijación de precios, el establecimiento de restricciones o cuotas de producción, la división o reparto de mercados a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios, o líneas de comercio, bien como el amañamiento de licitaciones. También hemos visto que los principales sistemas normativos de defensa de la competencia los prohíben de forma tajante. En Estados Unidos, la *Sherman Act*, en su sección 1ª, declara ilegales y sanciona con penas de multa y prisión a las *conspiraciones, contratos o acuerdos* en forma de *trust* o de cualquier otro modo que restrinjan el libre mercado o el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras. Mientras que, para los países miembros de la Unión Europea, el artículo 101.1 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que son nulos de pleno derecho los acuerdos o decisiones prohibidos y que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Segunda – Hemos constatado empíricamente, a través de la literatura especializada, que los carteles económicos de núcleo duro causan daños graves a la economía, a los consumidores y a la competencia. La OCDE ha estimado que los daños causados por los carteles de núcleo duro oscilan, la mayoría de las veces, entre el 5% y el 20%, alcanzando en ocasiones hasta el 50%. En un estudio con las informaciones de la literatura especializada sobre 102-104 supuestos de carteles se estimó que la mediana de sobreprecio es de 34,6%. Los efectos perniciosos de los *carteles* son: a) los relativos a la pérdida de bienestar de los consumidores, pues reasignan el dinero de las víctimas, directa o indirectamente, a sus miembros, privando a los consumidores de los beneficios de la competencia (*ineficiencia asignativa*); b) ineficiencias técnicas (*ineficiencia productiva*) derivadas de los menores incentivos que tienen las empresas con poder de mercado de buscar la eficiencia; c) además de estas dos

ineficiencias, se podrán añadir los efectos dinámicos que el poder de mercado tiene sobre ellas (*ineficiencia dinámica*). Estos efectos se refieren a la introducción de nuevos productos o procesos productivos en una perspectiva de medio y largo plazo.

Tercera – Nos hemos encontrado con que en la actualidad se observan tres modelos de criminalización de los carteles de núcleo duro: a) *no-criminalización*: países que renuncian totalmente a la sanción de prisión; b) *criminalización parcial*: países que criminalizan tan solo a los carteles en licitaciones; c) *criminalización amplia o total*: países que criminalizan todas las conductas de carteles de núcleo duro. En Europa se observa una tendencia a la no utilización del Derecho penal en este ámbito con excepción del modelo de la criminalización parcial, adoptado por Alemania, Austria y Hungría, que cuentan con tipos de injusto de carteles en licitaciones en sus ordenamientos jurídico-penales. La pena de prisión, por una o varias conductas de carteles de núcleo duro se aplica en Estonia, Reino Unido, Irlanda, Noruega, Alemania y Austria, lo que no es significativo en el panorama internacional, donde países como Estados Unidos, Canadá, Australia, Brasil, Japón, México y otros, criminalizan ampliamente a las colusiones empresariales secretas.

Cuarta – Hemos visto que las causas para que no se utilice el Derecho penal en relación a los ataques más graves a la competencia son varias; de entre ellas, podemos destacar: la invisibilidad del daño ocasionado, la falsa sensación de suficiencia de las multas millonarias aplicadas, la falta de conexión temporal entre la conducta y el daño, el retraso en la aplicación de las sanciones, la falta de voluntad política, una falta de concienciación sobre la gravedad de los carteles, etc. Todo eso implica una *cifra dorada* de criminalidad; o sea, una franja de impunidad de los ilícitos que importan en un abuso de poder económico, atribuible a una connivencia político-económica, lo que, por otro lado, pone en evidencia lo obsoleto del Derecho penal tradicional pensado para una criminalidad individual, no-empresarial, contra víctimas específicas.

Quinta – Hemos constatado que no hay consenso sobre la necesidad de criminalización de los carteles de núcleo duro, pues el bien jurídico competencia no goza de la misma estabilidad valorativa que otros como, por ejemplo, la vida o el patrimonio. Aunque se trate de los ataques más graves contra la competencia, el tipo de injusto de carteles económicos de núcleo duro no integraría un Derecho penal nuclear. Eso significa que político-criminalmente la competencia no es merecedora de la protección penal. Los factores que

inciden en la ausencia de merecimiento penal son: a) la invisibilidad del daño; b) la protección del bien jurídico se debe encargar a otros ordenamientos jurídicos; c) la pena de prisión a directivos de empresas es innecesaria y no cumple con funciones de reintegración; d) las multas aplicadas son suficientes, etc. En resumidas cuentas, lo que un estadounidense calificaría vulgarmente como una estafa o un “robo”, para un europeo sería un simple acuerdo empresarial. Hemos concluido, por lo tanto, que no es éticamente racional el uso del aparato del Derecho penal -intervención mínima-, para combatir las colusiones.

Sexta – Por otro lado, hemos visto que la opción por la utilización del Derecho administrativo sancionador tampoco está exenta de problemas, de los cuales podemos citar: a) la utilización del Derecho penal puede ser menos incisiva, por las intensas limitaciones de libertad que los controles preventivos de la prevención técnica del Derecho administrativo sancionador pueden implicar a los ciudadanos fieles al Derecho; b) las penas de multas no coartan la tentación de delinquir, pues para desplegar efectos disuasorios tendrían que fijarse en niveles muy altos; c) otro problema que hemos constatado es que las penas de multa se contabilizan en el coste final del producto y son repicadas a los consumidores; d) las autoridades administrativas no cuentan con técnicas de investigación que permitan detectar a los carteles, por eso la vida útil de ellos en general es bastante larga; e) la tasa de reincidencia en este tipo de infracciones es alta; f) la ausencia de criminalización crea paraísos penales y un turismo de derechos en el que los carteles elijen los países de destino para operar; etc. Todo eso, en términos teleológicos de protección del bien jurídico genera una importante infra-protección, una vez que la pena de multa es sistemáticamente rebajada en los Tribunales, alcanza a las personas jurídicas y no a las personas físicas involucradas, no son pagadas por las empresas, sino por los consumidores. La conclusión a que se llega es que la multa administrativa no despliega los efectos disuasorios esperados, no coarta la tentación de delinquir y transmite el mensaje de que es bueno arriesgarse, pues los lucros son altos.

Séptima – La otra cara de la moneda es que en términos teleológicos de protección del bien jurídico competencia el Derecho penal alcanza mejores resultados, pues aumenta la posibilidad de detección de los carteles (a través de técnicas de investigación más intrusivas), los efectos de la pena de prisión son más disuasorios (y se pueden combinar con programas de clemencia); evita que se creen paraísos penales, disminuye la reincidencia, etc. Otro factor

importante es que con la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede imputarlas conjuntamente con las personas físicas, lo que facilita las extradiciones y la cooperación jurídica internacional en los supuestos de actuación de carteles internacionales. Teleológicamente, en conclusión, es racionalmente correcto el uso del Derecho penal.

Octava – No obstante la conclusión anterior, la pena de prisión tiene un coste elevado. Del análisis de costes y beneficios (ACB) en los supuestos de carteles de núcleo duro hemos llegado a la conclusión de que es más efectivo el Derecho penal, pero menos eficaz, en comparación con el Derecho administrativo sancionador. Eso significa que este último es más ágil, pero el Derecho penal no está tan lejos de ser igual de ágil, al depender del procedimiento que se adopte para la eventual tipificación de un nuevo tipo de injusto de carteles de núcleo duro. Por otro lado, las garantías penales -imprescindibles para mantener el respeto a los derechos fundamentales del investigado (frente a las invasivas técnicas de investigación que se utilizan y la privación de la libertad)- se consideran un beneficio para el infractor, pues al respetar estándares probatorios más altos y procedimientos más demorados la prescripción debe tenerse en cuenta como una posibilidad, lo que acabaría por beneficiar a los infractores. Hemos constatado que otra variable importante es el *principio de oportunidad*, pues la discrecionalidad administrativa permite que las autoridades administrativas actúen de forma selectiva, lo que es peor para la sociedad, pues las indeseables influencias políticas son más difíciles de evitar, lo que no deja de ser una ventaja nada despreciable para los infractores.

Novena – Otra conclusión con relación al ACB de los costes del sistema punitivo es que para la sociedad y para los infractores los costes del Derecho penal son más elevados que los del Derecho administrativo sancionador. Hemos computado los costes que inciden sobre la sociedad en general, la víctima y los infractores. Para la sociedad en general hemos evaluado los costes de *vigilancia*, del *castigo de inocentes*, y de *mantenimiento* del sistema punitivo. El ACB resulta negativo para el uso del Derecho penal en virtud de los costes de mantenimiento del sistema carcelario. Para las víctimas el ACB es neutro, pues se trata de un delito colectivo en el que no se verifican los efectos de la victimización primaria o secundaria. Para los infractores, los costes del sistema punitivo están relacionados con el daño infligido por la sanción, por los daños infligidos por las técnicas de investigación y la conclusión, nuevamente, es negativa para el Derecho penal, que implica técnicas de investigación más invasivas y penas más duras.

Décima – La conclusión final en términos pragmáticos es que el Derecho penal conlleva más costes que el Administrativo sancionador, lo que intuitivamente ya se podría imaginar. En las pocas veces que se utiliza el Derecho penal lo que se busca es dotar un sistema de una mayor eficacia protectora. El Derecho administrativo sancionador no es tan protector, pero a la vez es el sistema más eficiente y a un menor coste. Sin embargo, hemos verificado que la balanza se puede inclinar nuevamente a favor del Derecho penal si la pena de prisión no se llega a aplicar en la práctica, lo que sería posible a través de programas de incentivo de delaciones (*whistleblowers*).

Undécima – Hemos efectuado un último juicio de eficiencia global de la política-criminal en los diversos niveles de racionalidades en los que nos hemos movido: ético, teleológico y pragmático, y hemos concluido que el punto óptimo de protección del bien jurídico competencia con relación a los supuestos de carteles de núcleo duro está en utilizar la amenaza de prisión del Derecho penal enlazada con un programa de clemencia típico de los ilícitos anticoncurrenciales; así se puede ahorrar con los costes de aplicación de la pena de prisión, pero sin perder los efectos derivados de la utilización del Derecho penal, tales como aumentar los casos de delación a través de la utilización de la Teoría de los juegos, los efectos comunicativos de la pena de prisión, un más alto nivel de protección del bien jurídico, que se puede alcanzar con coste razonables y con rapidez, dependiendo de cómo se tipifique el nuevo tipo de injusto de carteles de núcleo duro, además se ganaría en eficiencia con la utilización de la pena de prisión. Por todos esos factores, hemos concluido que los carteles económicos de núcleo duro deberían ser criminalizados.

Duodécima – La conclusión anterior se hace más evidente cuando comprobamos, en términos de proporcionalidad en sentido estricto, que los carteles de núcleo duro no soportan una comparación con otros comportamientos que menoscaban la competencia de manera menos grave y que se encuentran criminalizados como, por ejemplo, los de competencia desleal (arts. 278 y ss. CP), detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281 CP), propaganda engañosa (art. 282 CP), *insider trading* (art. 284.3 CP), corrupción entre particulares (art. 286 *bis* CP), *doping* en el deporte (art. 361 *bis* CP), corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 CP), etc.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV. Memento práctico Francis Lefebvre: Penal económico y de la empresa. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2011.
- AA.VV. Memento práctico Francis Lefebvre: Penal. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2015.
- Abanto Vásquez, M. “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia”, en Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo (Dir.) Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial. Madrid: Colex, 2010.
- Ablasser, A. y Neumayr, F. Cartel Regulation: Getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide: Austria. London: McMillan, Getting the Deal Through, 2011.
- Acale Sánchez, M. y Terradillos Basoco, J. Nuevas tendencias en derecho penal económico: seminario Internacional de Derecho Penal, Jerez, 24, 25 y 26 de septiembre de 2007. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2008.
- Agra, C.d. La Seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto. Barcelona: Atelier, 2003.
- Aguado Correa, T. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Madrid: Edersa, 1999.
- Agustina Sanllehí, J.R. El Delito en la empresa: estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario. Barcelona: Atelier, 2010.
- Alfaro Águila-Real, J. “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho antimonopolio”, InDret, Barcelona, núm. 4, 2004.

- Aldcroft, D.H. y Morewood, S. Historia de la economía europea: 1914-2000, Barcelona: Crítica, 2003.
- Alenza García, J.F., Corcoy Bidasolo, M. y Lara González, R. Derecho penal de la empresa. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- Allendesalazar Corcho, R. “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, en Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- Alonso Soto, R. “La defensa de la libre competencia”, en AA.VV., Curso de Derecho Mercantil, vol. I, 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006.
- Alsina, M.R. “El conocimiento del sistema penal: alarma social y medios de comunicación”. Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, nº 4, 1999.
- Álvarez García, F.J. y González Cussac, J.L. Comentarios a la reforma penal de 2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Areeda, P., Kaplow, L. y Edlin, A.S. Antitrust analysis: problems, text, and cases, 6ª ed. New York: Aspen, 2004.
- Arroyo Jiménez, L. y Nieto Martín, A. Autorregulación y sanciones. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- Arroyo Zapatero, L. [et. al.] Hacia un Derecho penal económico europeo: Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Atienza, M. “Argumentación y legislación”, en Díez Ripollés, J.L., Prieto del Pino, A.M. y Soto Navarro, S. (eds.) La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Atienza, M. Contribución a una teoría de la legislación. Madrid: Civitas, 1997.

- Baches Opi (Coord.) La Ley 15/2007, de defensa de la competencia: balance de su aplicación/II. Madrid, Jornada de Estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia, 2010.
- Bacigalupo, E. Compliance y Derecho penal. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
- Bacigalupo, E. Teoría y práctica de Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Bacigalupo, E. Principios de derecho penal: parte general, 5ª ed. Madrid: Akal, 1998.
- Bacigalupo, E. Sanciones administrativas: derecho español y comunitario. Madrid: Colex, 1991.
- Bacigalupo, S. y Cancio Meliá, M. Derecho penal y política transnacional. Barcelona: Atelier, 2005.
- Bacigalupo, S. y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial. Barcelona: Experiencia, 2006.
- Baigún, D. y García Rivas, N. Delincuencia económica y corrupción: su prevención penal en la Unión Europea y el Mercosur. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Bain, J.S. Diferencias internacionales de estructura industrial. Madrid: Aguilar, 1973.
- Bain, J.S. Organización industrial. Barcelona: Omega, 1963.
- Bajo Fernández, M., Feijoo Sánchez, B. y Gómez-Jara Díez, C. Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas: adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Madrid: Civitas, 2012.
- Bajo Fernández, M. y Bacigalupo Sagesse, S. Derecho penal económico, 2ª ed. Madrid: Ramón Aceres, 2010.

- Ball, “El enfoque de la Teoría General de Sistemas aplicado a los delitos organizacionales de cuello blanco”, en Bueno Arús, F., Guzmán Dálbora, J. L. y Serrano Maíllo, A. (Coords.), Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006.
- Barbero Santos, M. La Reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales: interrupción voluntaria del embarazo, tráfico y consumo de drogas, establecimientos penitenciarios, delitos contra el orden socio-económico. Madrid: Instituto Alemán, 1982.
- Barbero Santos, M., Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- Barbero Santos, M. Los Delitos socio-económicos. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1985.
- Bardsley, N. Experimental economics: rethinking the rules. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- Basedow, J. "Un Droit commun des contrats pour le marché commun", Revue Internationale de Droit comparé, núm. 1, vol. 50, 1998.
- Basedow, J., Limits and control of competition with a view to international harmonization. Boston: Kluwer Law International, 2003.
- Bastianon, S. Diritto antitrust dell'Unione Europea. Milano: Giuffrè, 2011.
- Bastida Freijedo, F.J. “La soberanía borrosa: La democracia”, en Ramón Punset, B., Bastida Freijedo, F.J. y Varela Suanzes, J. Fundamentos: Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional, vol. 1. Oviedo: Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 1998.
- Beaton-Wells, C. y Ezrachi, A. Criminalising cartels: critical studies of an international regulatory movement. London: Hart Publishing, 2011.

- Beaton-Wells, C. y Haines, F. "Making cartel conduct criminal: a case study of ambiguity in controlling business behavior". *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, nº 2, vol. 42, 2009.
- Beck, U. *Poder y contrapoder en la era global: la nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós, 2004.
- Beck, U. y Gómez, J. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo: antídotos: la irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure, 1998.
- Becker, G.S. y Landes, W.M. *Essays in the economics of crime and punishment*. National Bureau of Economic Research, 1974.
- Bercovitz, A., *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- Bercovitz, A., *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 11ª ed. (corr. y act.) Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2010.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y Muñoz Conde, F. *Viejo y nuevo derecho penal: principios y desafíos del derecho penal de hoy*. Madrid: Iustel, 2012.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. "La tutela de la competencia en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal", en Barbero Santos, M. (ed.) *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Madrid, 1985.
- Berenguer Fuster, L. "A vueltas con los intercambios de información", en Cases Pallarès (Dir.), *Anuario de la competencia 2010*. Bellaterra-Cerdanyola del Vallès: Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de publicacions, 2011.
- Berenguer Fuster, L., Giner Parreño, C.A. y Robles Martín-Laborda, A. *La Nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Beristain, A. y Messuti, A. *Perspectivas criminológicas en el umbral del tercer milenio*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

- Bermejo, M.G. Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho, Barcelona, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2009.
- Bernardi, A. y Grandi, A. “Diritto della concorrenza nell’esperienza italiana: profili penali e penal-amministrativi”, *Annuario Università Ferrara, Scienze Giuridiche*, vol. XV, 2001.
- Berruezo, R. Derecho penal económico. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2010.
- Berruezo, R. Delitos de dominio y de infracción de deber. Montevideo, Buenos Aires: B de f, 2009.
- Binmore, K.G. Teoría de juegos. Madrid: McGraw-Hill, 1994.
- Bishop, S. y Walker, M. The Economics of EC competition law: concepts, application and measurement, 3ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2010.
- Black, M. Perplexities: rational choice, the prisoner's dilemma, metaphor, poetic, ambiguity and other puzzles. Ithaca: Cornell University Press, 1990.
- Blanco Cordero, I. “La sanción penal de los carteles horizontales de núcleo duro: propuesta político-criminal para el Derecho español y de la Unión Europea”, en Fernández Teruelo, J. G., González Tascón, M.M., Villa Sieiro, S.V. (dirs.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina D.L. 2013, 2013.
- Blanco Lozano, C. Tratado de política criminal, Barcelona: Bosch, 2007.
- Bobbio, N. “La función promocional del Derecho”, en Bobbio, N. y Miguel, A.R., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- Böhm, F. “Demokratie und wirtschaftliche Macht”, en *Kartelle und Monopole im modernen Recht, International Conference on Restraints of Competition*, Frankfurt am Main, 1960. Karlsruhe: Universität Frankfurt am Main, Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht, vol. I, 1961.

- Borja Jiménez, E. Curso de política criminal, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Bork, R.H. The Antitrust paradox: a policy at war with itself. New York: Basic Books, 1993.
- Brage Cendán, S.B. Los Delitos de alteración de precios: especial referencia a los artículos 262, 281 y 284 CP. Granada: Comares, 2001.
- Broder, D.F. U.S. antitrust law and enforcement: a practice introduction. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. Manual de derecho mercantil, 16ª ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- Buccirossi, P. y Spagnolo, G. Optimal fines in the era of whistleblowers: should price fixer still go to prison? Conferencia Inaugural de la ACLE – Amsterdam Center for Law and Economics, febrero, 2005.
- Buchanan, J.M. “Good Economics – Bad Law”. Virginia Law Review, núm. 60, 1974.
- Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, Espanya y Comissió de les Comunitats Europees, La Defensa de la competència a Espanya i a Europa: informes del Tribunal de Defensa de la Competència i de la Comissió Europea. Barcelona: Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, Servei d'Estudis, 1995.
- Calsamiglia Blancafort, A. “¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?”, DOXA, núm. 13, 1993.
- Calvo Cabezas, P. y González Esteban, E. Racionalidad económica: aspectos éticos de la reciprocidad. Castelló: Universitat Jaume I, Departament de Filosofia, Sociologia, 2012.
- Calvo Caravaca, A.L. Derecho antitrust europeo.Tomo I: Parte general: la competencia. Madrid: Colex, 2009.

- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea. Colex: Madrid, 2003.
- Cancio Meliá, M. y Pozuelo Pérez, L., Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson Civitas, Cizur Menor Navarra, 2008.
- Capella, J. Transformaciones del derecho en la mundialización. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Carnevali Rodríguez, R. Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea. Granada: Comares, 2001.
- Carvalho Rocha [Et. al.] (Coord.) Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso do poder econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2014". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2015.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2013". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2014.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2011-2012". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2013.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2010". Bellaterra-Cerdanyola del Vallès: Fundación Ico, Universitat Autònoma de Barcelona, Serveis de Publicacions, 2011.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2007". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2008.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2006". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2007.
- Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 1998". Madrid: Fundación Ico, 1999.

- Cases Pallarès, L. El Derecho administrativo de la defensa de la competencia. Madrid: Escola d'Administració Pública de Catalunya, 1995.
- Cassese, S. La globalización jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- Cavero Brújula, S., Cebollada Calvo, J.J. y Salas, V. Eficiencia versus poder de mercado en la formación de precios en canales de distribución: evidencia empírica del mercado de detergentes de Barcelona. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 1997.
- Cerezo Mir, J. y Gil Gil, A., Curso de derecho penal español: Parte general, 6^a ed. (incorporado las reformas introducidas en el nuevo Código Penal en el año 2003). Madrid: Tecnos, 2004.
- Cervini, R. y Adriasola, G., El Derecho penal de la empresa: desde una visión garantista: metodología, criterios de imputación y tutela del patrimonio social. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.
- Cervini, R. "Macrocriminalidad económica contemporánea. Nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2^a época, núm. 14, 2004.
- Chardot, J. Les Cartels dans la métallurgie: thèse pour le doctorat. Paris, Université de Paris, 1936.
- Chávez, A. "The carrots and stick approach to antitrust enforcement", Practising Law Institute, mayo-junio, 2007.
- Hodges, C. "Competition enforcement, regulation and civil justice: what is the case?", Common Market Law Review, núm. 5, vol. 43, 2006.
- Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoan, E., Teorías criminológicas. Barcelona: Bosch, 2001.
- Clark, J.M. "Toward a Concept of Workable Competition", The American Economic Review, núm. 2, vol. 30, parte 1, 1940.
- Clarke, J., "The increasing criminalization of economic law – a competition law perspective", Journal of Financial Crime, núm. 19-1, 2012.

- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (2006/C 298/11, núm. 2).
- Comisión Europea, OJ 1998, C9/3, Guidelines on the method of setting fines pursuant to Article 15 (2) of Regulation 17 (las antiguas guidelines); OJ 2006, C 210, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2)(a) of Regulation nº 1/2003 (las nuevas guidelines)
- Connor, J.M. Global price fixing, 2 ed. Berlin, Heidelberg, 2008.
- Conrath, “Política de Competencia y la competitividad: El caso de competencia”, presentado en la Conferencia Regional de Competitividad de Latinoamérica y el Caribe, Ciudad del México, 27 de julio de 2010.
- Contín, I., Correljé, A., y Huerta, E. Factores explicativos de las estrategias de fijación de precios en el mercado español de la gasolina: 1990-1997, Departamento de Gestión de Empresas. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 1998.
- Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. Comentarios al código penal: reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- Corcoy Bidasolo, M. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Corda, A. “Legislazione antitrust e Diritto penale: spunti problematici in ambito europeo”, Criminalia, Anuario di Scienze penalistiche, Estratto, 2009.
- Córdoba Roda, J. y García Arán, M., Comentarios al código penal: parte especial. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Costas Comesaña, J. “Cárteles de crisis”, en Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. (dirs.), El Derecho de la competencia en tiempos de crisis. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2010.
- Costas Comesaña, Los carteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia, Madrid: Marcial Pons, 1997.

- Creus Carreras, A. “Carteles internacionales”, en Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. (Dir.), Los acuerdos horizontales entre empresas. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2009.
- Creus Carreras, A., Pérez Olmo, G. y Amador Peñate, O., Código de derecho de la competencia. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2006.
- Crucelegui Gárate, J.L. Economía y derecho de la competencia: últimas tendencias y reformas legales en Europa. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaularitza, Gobierno Vasco, 2006.
- Cuerda Riezu, A. y Alcácer Guirao, R. La Respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8. 9 y 10 de marzo de 2005. Madrid: Servicio de Publicaciones, Universidad Rey Juan Carlos, 2006.
- Dabbah, M.M., International and comparative competition law. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- De la Mata Barranco, N. El principio de proporcionalidad penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- de Maglie, C. “Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell’impresa: crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense”, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, núm. 102, 1995.
- de Pree, J.K. y Evans, S.J.H. Cartel Regulation: getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide: Netherlands. London: McMillan, Getting the deal through, 2010.
- de Querol Aragón, N., Biazzi Solomonoff, R. y Jiménez Partearroyo, M. Análisis económico del derecho. Sevilla: Fiec, 2007.
- de Vicente Martínez, R. Derecho penal del deporte. Barcelona: Bosch, 2010.
- de Vicente Martínez, R., Gómez Iniesta, D.J., Nieto Martín, A. y Arroyo Zapatero, L., Derecho penal económico. Barcelona: Ariel, 2001.

- Di Lorenzo, T.J. "Origins of antitrust: an interest-group perspective". *International Review of Law and Economics*, núm. 5, 1985.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J., Alonso Gallo, J. y Rodríguez Mourullo, G. Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero). Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011.
- Dick, A.R. "If cartels were legal, when would firms fix prices?", en Grossman, P.Z., *How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2004.
- Dieter Ehlermann, C.D. y Atanasiu, I. "Is criminalization of EU Competition Law the answer?", en Dieter Ehlermann, C-D y Atanasiu, I. *European Competition Law Annual 2006: enforcement of prohibition of cartels*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007.
- Díez Estella, F. y Guerra Fernández, A. "Capítulo I. De las conductas prohibidas", en Massaguer Fuentes (Dir.) [Et. al.], *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2ª ed. Navarra: Civitas, 2010.
- Díez Estella, F. *La Discriminación de precios en el derecho de la competencia*. Madrid: Civitas, 2003.
- Díez Ripollés, J.L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07, 2005.
- Díez Ripollés, J.L. *La Política criminal en la encrucijada*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.
- Díez Ripollés, J.L. *Política criminal y derecho penal: estudios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Díez Ripollés, J.L. *La Racionalidad de las leyes penales: práctica y teoría*. Madrid: Trotta, 2003.

- Díez Ripollés, J.L. y Cerezo Mir, J. La Ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.
- Dixit, A.K. y Skeath, S. Games of strategy. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999.
- Dixit, A.K. y Nalebuff, B.J. Pensar estratégicamente: un arma decisiva en la política, los negocios y la vida diaria. Barcelona: Antonio Bosch Editor, 1992.
- Domingos Taufick, R. Nova Lei antitruste brasileira: A Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no Direito da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- Drexler, J. y Behrens, P. The Future of transnational antitrust: from comparative to common competition law. Berne: Staempfli, 2003.
- Dumez, H. y Jeunemaître, A. La Concurrence en Europe: de nouvelles règles du jeu pour les entreprises. Paris: Ed. du Seuil, 1991.
- Ehlermann, C. y Atanasiu, I., European competition law annual 2006: enforcement of prohibition of cartels. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- Embido Irujo, A. El derecho de la crisis económica. Zaragoza: Prensas universitarias de Zaragoza, 2009.
- Engelhart, M. Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: eine rechtsvergleichende: Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.
- Erhard, L. El Retorno de Alemania a los mercados internacionales. Barcelona: Palestra, 1957.
- Eser, A., Hassemer, W., Burkhardt, B. y Muñoz Conde, F. La Ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Espinosa García, J. “Colusión y diseño de las licitaciones públicas: algunas enseñanzas a la luz de los expedientes sancionadores de la CNC”, en Cases

- Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2011-2012". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2013.
- Estrada i Cuadras, A. "Presente y futuro del delito de alteración de precios (art. 284 Cp)", Barcelona, Indret, núm. 1, 2014.
- Evenett, S.J. y Lehmann, A., Steil, B. Antitrust goes global: what future for transatlantic cooperation? London: Royal Institute of International Affairs, 2000.
- European Commission, Reduction of structural overcapacity, XXth Report on Competition Policy, 1982.
- Feijoo Sánchez, B.J. Sobre la "administrativización" del derecho penal en la "sociedad del riesgo": un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. Madrid: Colex, 2006.
- Feijoo Sánchez, B.J., Cuestiones actuales de derecho penal económico. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2009.
- Feijoo Sánchez, B.J. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico. Barcelona, Indret, núm. 2, 2008.
- Feijoo Sánchez, B.J. Derecho penal de la empresa e imputación objetiva. Madrid: Reus, 2007.
- Feinberg, J. The Moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1988.
- Fernández Astudillo, J.M. Contratación pública: comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Barcelona: Bosch, 2008.
- Fernández de Araoz y Gómez-Acebo, J. "El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría". Revista General de Derecho, núm. 589-590, 1993.

- Fernández López, J.M. y Pedraz Calvo, M. Diez años de jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de derecho de la competencia. Madrid: Fundación Rafael del Pino, 2009.
- Fernández Ordoñez, M. A. La competencia. Madrid: Alianza, 2000.
- Ferrajoli, L. y Bobbio, N. Derecho y razón: teoría del garantismo penal, 9a ed. Madrid: Trotta, 2009.
- Foer, A.A., Cuneo, J.W. Stutz, R. y Vrček, B. The International handbook on private enforcement of competition law Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- Foffani, L. y Jescheck, H.H. Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2006.
- Foffani, L., “Le aggregazioni societarie di fronte al Diritto penale: appunti sulle nozioni di ‘partecipazione rilevante’, ‘collegamento’, ‘controllo’ e ‘grupo’”. Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia, 1993.
- Fonseca Fortes Furtado, R.H. “La colaboración premiada en la nueva Ley brasileña de combate a las organizaciones criminales: su aplicación al presunto caso de corrupción en la empresa Petrobrás”, Congreso Internacional “Transparencia institucional, participación ciudadana, actividad política y lucha contra la corrupción”, Las Palmas de Gran Canaria, 25, 26 y 27 de marzo de 2015.
- Fonseca Fortes Furtado, R.H. “Liberdade e justa concorrência como corolários do respeito à ordem econômica em sua vertente de promoção da dignidade humana”, Revista Internacional Direito e Cidadania, núm. 12, 2012.
- Font Barrot, A. y Pérez Triviño, J.L. El Derecho para no juristas. Barcelona: Deusto, 2009.
- Font Galán, J.I. Constitución económica y derecho de la competencia. Madrid: Tecnos, 1987.
- Font Galán, J.I. e Illescas, R. La Libre competencia en la comunidad europea. Bolonia: Real Colegio de España, 1986.

- Forgioni, P.A. Os fundamentos do antitruste, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- Fox, E.M. y Trebilcock, M.J. The Design of competition law institutions. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Freeman, P. “Beware of the Ides of March: The Government’s Proposed Competition Reforms”. Newcastle upon Tyne: The BIS Consultation on a Competition Regime for Growth: One Year On, Newcastle Law School, 13 de abril de 2012.
- Friedman, M. y Friedman, R., Capitalism and freedom, ed. esp. de 40 aniversario. Chicago: University of Chicago Press, 1962:2002.
- Frisch, W. “Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, en Hefendehl (ed.), La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- Fumagalli, C. y Motta, M. Oligopoly models and competition. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Departament de Economia i Empresa, 2000.
- Furse, M. Competition law of the EC and UK, 6ª ed. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008.
- Galán Corona, E. “Capítulo 4. Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general”, en Beneyto Pérez, J.M. (Dir.) y Maíllo González-Orús, J. (Coord.), Tratado de Derecho de la competencia: Unión Europea y España, vol. I. Barcelona: Bosch, 2005.
- Galán Corona, E. Acuerdos restrictivos de la competencia. Madrid: Montecorvo, 1977.
- Galbraith, J.K., Historia de la Economía. Barcelona: Ariel, 1987.
- García-Pablos de Molina, Introducción al Derecho penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal, 5ª ed., vol. 1. Madrid, 2012.

- García-Pablos de Molina, A. Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- García-Pablos de Molina, A. “Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 14, 1981.
- Garrido Falla, F. y Ariño Ortiz, G. El Modelo económico en la Constitución española. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1981.
- Garrigues, J. La defensa de la competencia mercantil. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.
- Gascón Inchausti, F. Proceso penal y persona jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Gavil, A.I., Kovacic, W.E. y Baker, J.B. Antitrust law in perspective: cases, concepts, and problems in competition policy, 2ª ed. Sant Paul: Thomson/West, 2008.
- Gilliams, H, Bocken, J. y Baekelandt, K. Cartel Regulation. Getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide: Belgium. London: Martin Low KC, Getting the Deal Through, 2010.
- Girgado Perandones, P. Grupo de empresas y derecho antitrust: la aplicación de las normas anticolusorias en las relaciones intragrupo. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gómez Bermúdez, S.F.J. Las Últimas reformas penales II. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006.
- Gómez Tomillo, M. y Aguado Correa, T. Comentarios al Código penal. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- Gómez-Jara Díez, C. Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2010.

- Gómez-Jara Díez, C. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Goñi Urriza, N. “La protección de los derechos de los consumidores en el Derecho europeo de la Competencia”, en Corcoy Bidasolo (Dir.)/Lara González (Coord. Ed.), Derecho penal de la empresa. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- González-Cuéllar Serrano, N. (Dir.), Sanz Hermida, A.M. y Ortiz Pradillo, J.C. (Coords.), Problemas actuales de la justicia penal: secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales. Madrid: Colex, 2013.
- González-Cuéllar Serrano, N. “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal”, en Martínez Lage, S. y Petitbò Juan, A. (Dir.), Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2008.
- González Rus, J.J. Reformas pretendidas en los delitos relativos al mercado y los consumidores y en los delitos societarios por el proyecto de Ley LO 121/000119, de modificación del Código penal. Madrid: Dykinson, 2008.
- Goodwin, N., Microeconomics in context. Boston: Houghton Mifflin, 2005.
- Gracia Martín, L., Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Green, N. “The road to conviction – The criminalization of Cartel Law”, en Hawk, B.E. (Ed.) International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law. Nueva York: Competition Law Institute, Fordham University School of Law, 2003.
- Gretel-Grupo de Estudios sobre Técnica Legislativa, La Forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986.

- Grossman, P.Z. How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion, Edward Elgar. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2004.
- Guanarteme Sánchez Lázaro, F. Política Criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda. Madrid: Comares, 2007.
- Guardiel Sierra, M., Cortés Bechiarelli, E., Ruiz Antón, L.F. y Octavio de Toledo, E. Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Guillén Caramés, J. Régimen jurídico de la inspección en derecho de la competencia. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.
- Guzmán Zapater, C. “Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, durante el periodo 2008-2010”, en Cases Pallarès, L. (dir.) "Anuario de la competencia 2010". Bellaterra-Cerdanyola del Vallès: Fundació Ico, Universitat Autònoma de Barcelona, Serveis de Publicacions, 2011.
- Harding, C. y Joshua, J. Regulating cartels in Europe: a study of legal control of corporate delinquency, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Harding, C. “Business collusion as a criminological phenomenon: exploring the global criminalization of business cartels”, Critical Criminology, núm. 14, 2006.
- Hassemer, W. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Hassemer, W. Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento, límites de la prisión preventiva. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- Hassemer, W. y Muñoz Conde, F. Introducción a la criminología y al Derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

- Hassemer, W. Fundamentos del derecho penal. Barcelona: Bosch, 1984.
- Hay, G. "Horizontal agreements: Concept and proof", *The Antitrust Bulletin*, vol. 51, núm. 4, Invierno, 2006.
- Hayek, F.A. Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política, 2ª ed. Madrid: Unión Editorial, 1985.
- Hayek, F.A. Camino de servidumbre. Madrid: Alianza Editorial, 1978.
- Hayek, F.A. Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Madrid: Unión Editorial, 1978.
- Hayek, F.A. y Pizano Salazar, D. Algunos creadores del pensamiento económico contemporáneo, 1ª ed. en español. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- Hayek, F.A. La competencia como proceso de descubrimiento, conferencia pronunciada originalmente en una reunión de la Philadelphia Society. Chicago, 29 de marzo de 1968.
- Hefendehl, R. "Churras y merinas o más de los mismo: la prevención técnica y el Derecho penal", en von Hirsch, A., Seelmann, K. y Wohlers, W. (Ed. Alemana), Robles Planas, R. (Ed. Española), *Límites al Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Hefendehl, R. (Ed.) y Alcácer, R., Martín, M. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (Ed. Española), *La Teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- Hernández, F.J. Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Hernández Basualto, H. "La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el Derecho chileno", *Política criminal*, vol. 7, núm. 13, julio 2012.

- Hoel, A. "Crime does not pay but hard-core cartel conduct may: Why it should be criminalized", *Trade Practices Law Journal*, núm. 16, 2008.
- Hovenkamp, H. "Antitrust Policy after Chicago", *Michigan Law Review*, núm. 213, 1985-1986, republicado en *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, vol. 09, núm. 21, 2009.
- Hovenkamp, H. *The Antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005.
- Hovenkamp, H. *Antitrust*. Sant Paul: West, 1986.
- Hovenkamp, H. *Economics and federal antitrust law*. Sant Paul: West, 1985.
- Hovenkamp, H. "Distributive Justice and Antitrust Laws", *Geoge Washington Law Review*, núm. 51, 1982.
- Husak, D.N. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Illescas Ortiz, R. "Derecho de la competencia: la libre competencia", en Jiménez Sánchez, G.J. (Coord.), *Derecho Mercantil I*, v. 1, 14ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Immenga, U. y Embid Irujo, A. *El Mercado y el derecho: estudios de derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- International Competition Network, *Defining hard core cartel conduct, effective institutions, effective penalties: report prepared by the ICN Working Group on Cartels, ICN 4th Annual Conference, Bonn, Alemania, 6-8 junio 2005*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2005.
- Jakobs, G. *El Derecho penal como disciplina científica*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2008.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. *El Sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso internacional de Derecho penal*, Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000, Grijley, Lima, 2000.

- Jakobs, G. Derecho penal: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Civitas, 1997.
- Sprafke, J. Korruption, Strafrecht und Compliance: untersuchungen und Reformvorschläge zu § 299 StGB, vol 24 de Das Strafrecht vor neun Herausforderungen. Berlin: Logos-Verlag, 2010.
- Jareño Leal, Á. Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública. Madrid: Iustel, 2011.
- Jephcott, M. y Lübbig, T. Law of cartels. Bristol: Jordans, 2003.
- Jescheck, H. Tratado de derecho penal: parte general, 5ª ed. renov. y ampl. Granada: Comares, 2002.
- Jiménez Urresti, T. De la teología a la canonística. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1993.
- Joshua, J. “Shooting the messenger: does the UK criminal cartel offense have a future?”, The Antitrust Source, núm. 1, agosto, 2010.
- Joshua, J. “Extradition: the DOJ’s new foreign policy weapon”, Competition Law Insight, 14 de junio de 2005.
- Joshua, J. “Competition Law Enforcement: criminalisation, cartels, leniency and class actions: a look into the future”, Competition Law Insight, 12 de octubre de 2004.
- Joshua, J. “Extradition: cartels, criminalisation and extradition”, Competition Law Insight, 01 de septiembre de 2003.
- Kaplow, L. y Shavell, S. “Fairness versus Welfare”, Harvard Law Review, núm. 114, 2001.
- Kauper, T.W. “Article 86, excessive prices, and refusals to deal”, Antitrust Law Journal, núm. 59, 1990-1991.

- Kindhäuser, U. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en Arroyo Zapatero [et. al.] *Hacia un Derecho penal económico europeo: jornadas en homenaje al prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- Koninckx Frasquet, A. y Palomar Olmeda, A. *Aspectos prácticos y novedades de la contratación pública: en especial en la Administración local*, 2ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2012.
- Kosko, B. *Fuzzy thinking: the new science of fussy logic*. New York: Hyperion, 1993.
- Kosko, B. y Campos, J.P. *Pensamiento borroso: la nueva ciencia de la lógica borrosa*. Barcelona: Crítica, 1995.
- Kosko, B. y García Garmilla, M. *El Futuro borroso, o, el cielo en un chip*. Barcelona: Crítica, 2012.
- Kovacic, W.E. y Shapiro, C. “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspectives*, núm. 14-1, 2000.
- Kroes, N. *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*. Londres: Comisión Europea, 15 de septiembre de 2005.
- Kronstein, H. *The Law of international cartels*. Ithaca: Cornell University Press, 1973.
- Kuhlen, L., Montiel, J.P., Ortiz de Urbina Gimeno, I. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Kwoka, J.E. y White, L.J. *The Antitrust revolution: economics, competition and policy*, 4ª ed. New York: Oxford University Press, 2004.
- Lampe, “La protección jurídico-penal de la competencia económica en el anteproyecto de Código penal español de 1983”, en Barbero Santos, *La reforma penal: Delitos socio-económicos*, Madrid, 1985.

- Lande, R.H. "Wealth transfers as the original and primary concern of antitrust: the efficiency interpretation challenged", *Hastings Law Journal*, núm. 34, 1982.
- Larrauri, E. *Política criminal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Leigh, L.H. *Economic crime in Europe*. New York: St. Martins Press, 1981.
- Liefmann, R., *Les Formes d'entreprises*, Marcel Giard, Paris, 1924.
- Liefmann, R. *Cartells et trusts: évolution de l'organisation économique*. Paris: M. Giard et E. Brière, 1914.
- Lyra, R. *Criminología*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- Lopera Mesa, G.P. *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- López Barja de Quiroga, J., Saavedra Ruiz, J., Encinar del Pozo, M.Á. y Alonso González, A.B. *Código penal: comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias, conforme a los cambios de la Ley Orgánica 5/ 2010, de 22 de junio, 2ª ed.* Madrid: El Derecho, Quantor, 2011.
- López Barja de Quiroga, J., Rodríguez Ramos, L. y Ruiz de Gordejuela López, L. *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*. Torrejón de Ardoz: Akal, 1988.
- López Días (trad.), *Código penal alemán*. Universidad Esternado de Colombia, 1998.
- López Gálvez, I. "Programa de clemencia y el concepto de cartel", en *Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2010"*. Bellaterra-Cerdanyola del Vallès: Fundació Ico, Universitat Autònoma de Barcelona, Serveis de Publicacions, 2011.
- Lozano Cutanda, B. "El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia", *Diario La Ley*, núm. 8497, 2015.

- Lozano, B. La Extinción de las sanciones administrativas y tributarias. Madrid: Marcial Pons, 1990.
- Lüddersen, K. (Coord.) Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Frankfurt a.M.: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M., Irrwege der Strafgesetzgebung, 1999.
- Luzón Peña, D. Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig. Madrid: La Ley, 2010.
- MacCulloch, A. “The cartel offence: defining an Appropriate Moral Space”. Newcastle upon Tyne: The BIS Consultation on a Competition Regime for Growth: One Year On, Newcastle Law School, 13 de abril de 2012. Publicado también en: European Competition Journal, núm. 8, 2012.
- Magro Servet, V. Delitos socioeconómicos. Madrid: El Derecho, 2010.
- Mahiques, C.A. Cuestiones de política criminal y derecho penal: modelos, tendencias y perspectivas en el derecho comparado. Argentina: Di Placido, 2002.
- Maillo González-Orús, J. y Beneyto, J.M., Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España. Barcelona: Bosch 2005.
- Maillo González-Orús, J. y Beneyto, J.M., El Nuevo derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional. Barcelona: Bosch, 2002.
- Maitland-Walker, J. Competition laws of Europe, 2ª ed. London: Lexis Nexis, 2003.
- Marques Gilberto, A. O processo antitruste sancionador: Aspectos processuais na repressão das infrações à concorrência no Brasil. São Paulo: Lex Editora, 2010.
- Martín Pallín, J.A. Delitos contra la propiedad aspectos problemáticos. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

- Martínez Lage, S. y Petitbò, A. El Derecho de la competencia en tiempos de crisis. Madrid: Fundación Rafael del Pino, 2010.
- Martínez Lage, S. y Petitbò, A. Los Acuerdos horizontales entre empresas. Madrid: Fundación Rafael del Pino, 2009.
- Martínez Lage, S., Petitbò, A. Remedios y sanciones en el derecho de la competencia, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2008.
- Martínez Lage, S. y Petitbò, A. La Modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- Martínez-Buján Pérez, C. Derecho penal económico. Madrid: Iustel, 2012.
- Martínez-Buján Pérez, C. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial, 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Martínez-Buján Pérez, C. Derecho penal económico y de la empresa: parte general, 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Massaguer Fuentes, J. Comentario a la Ley de defensa de la competencia, 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2010.
- Medina Ariza, J. Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana. Madrid: Edisofer, 2011.
- Mendoza Buergo, B. El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid: Civitas, 2001.
- Menéndez Menéndez, A., Rojo Fernández-Río, Á., Uría, R. y Aparicio González, M.L., Lecciones de derecho mercantil, 8ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2010.
- Mercado Pacheco, P. El Análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Mercier, P. Grands principes du droit de la concurrence: droit communautaire, droit suisse. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1999.

- Mill, J.S. Principles of Political Economy: with some of theis applications to Social Philosophy. New York: D. Appletown, 1909, reimpresión 1987.
- Milutinovic, V. The 'Right to damages' under EU competition law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Mir Puig, S. Bases constitucionales del derecho penal. Madrid: Iustel, Madrid, 2011.
- Mir Puig, S. Derecho penal: parte general, 9ª ed. Barcelona: Reppertor, 2011.
- Mir Puig, S. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología, núm. 06, 2004.
- Mir Puig, S. El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Barcelona: Ariel, 1994.
- Mir Puig, S. Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, 2ª ed. rev. Barcelona: Bosch, 1982.
- Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2006.
- Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V., La Política criminal en Europa. Barcelona: Atelier, 2004.
- Mir Puig, S. Derecho penal del siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2008.
- Mir Puig, S., Queralt Jiménez, J.J. y Fernández Bautista, S. Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Mir Puig, S., Queralt, J. y Carpio Briz, D. La Seguridad pública ante el derecho penal. Madrid: Edisofer, 2010.

- Molan Gaban, E. y Oliveira Domingues, J. O Direito antitruste: combate aos cartéis, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Möllers, T.M.J., Heinemann, A. y Gerber, D.J. The Enforcement of competition law in Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Montalvo, M. y Rodríguez Braun, C. Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Madrid: Tecnos, 2009.
- Moore, J.F. The Death of competition: leadership and strategy in the age of business ecosystems. Chichester: John Wiley, 1996.
- Moreno Cánoves, A. y Ruiz Marco, F. Delitos socioeconómicos: comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal, concordados y con jurisprudencia. Zaragoza: Edijus, 1966.
- Moreno Molina, Á.M. La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- Morillas Cueva, L. y Rosal Blasco, B.d. Sistema de derecho penal español: parte especial. Madrid: Dykinson, 2011.
- Motta, M. “On cartel Deterrence and Fines in the European Union”, European Competition Law Review, London, núm. 29, 2008.
- Motta, M. Competition policy: theory and practice. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004.
- Müller-Armack, A. Economía dirigida y economía de mercado. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.
- Muñoz Conde, F. Derecho penal: parte especial, 18ª ed. rev. y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Muñoz de Morales Romero, M. y Nieto Martín, A. El Legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2011.
- Müssig, B.J.A. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien

- jurídico hacia el sistema. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2001.
- Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Ley tipo de defensa de la competencia: publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia: posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia. Ginebra, Nueva York: Naciones Unidas, 2013.
- Naciones Unidas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. UNCTAD, TD/B/C.I/CLP/17, 30 de abril de 2012.
- Navarro Frías, I. Mandato de determinación y tipicidad penal. Granada: Comares, 2010.
- Navarro Frías, I. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global entre costes y beneficios?”, *InDret*, Barcelona, núm. 2, 2010.
- Neumann, U. “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, Von Hirsch, A., Seelmann, K. y Wohlers, W. (Ed. Alemana), Robles Planas; R. (Ed. Española), *Límites al Derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Nicholson, W. y Snyder, C. *Microeconomic theory: basic principles and extensions*, 10ª ed. Belmont: Thomson Business and Economics, 2008.
- Nieto Garcia, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª ed. Madrid: Tecnos, 2012.
- Nieto Martín, A. “¿Americanización o europeización del Derecho penal económico?”, en Delmas-Marty/Pieth/Sieber (Dirs.), en Delmas-Marty, M., Sieber, M. y Pieth, U. *Los caminos de la armonización penal*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2009.
- Nieto Martín, A. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

- Nieto Martín, A., Arroyo Zapatero, J. y Muñoz de Morales Romero, M. Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2007.
- Nieto Martín, A. “Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia”, en Arroyo Zapatero, L. y Tiedemann, K. (eds.), Estudios de Derecho penal económico. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 1994.
- Noguera Méndez, P. Asimetría en la transmisión vertical de precios del sector hortofrutícola español. Murcia: Universidad de Murcia, Departamento de Economía de la Empresa, 1997.
- Oliveira, G. y Grandino Rodas, J. Direito e Economia da concorrência, 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2013.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción: contribución de Colombia”, DAF/COMP/LACF(2012)9, Foro latinoamericano de competencia, Sesión III, Santo Domingo, República Dominicana, 18-19 de septiembre de 2012.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Bribery in Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures”, 2007.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Cartel Sanctions against Individuals”, Policy Roundtables 2003, DAF/COMP(2004)39, 10 de enero de 2005.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws”, DAF/COMP(2002)7, 04 de abril de 2002.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, “Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels”, C/M (98)7/PROV, adoptada por el Consejo en la 921ª Sesión en 25 de marzo 1998.

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, “Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law”, 1996.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y Banco Interamericano de Desarrollo, “Luchando contra los carteles duros: La perspectiva chilena”, Política y Ley de Competencia en Chile, Examen inter-pares, enero 2004.
- Ortiz Baquero, I.S. La Aplicación privada del derecho de la competencia: los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia. Madrid: La Ley, 2011.
- Ortiz de Noriega, J., Roxin, C., Y Eiranova Encinas, E. Código Penal Alemán StGB; Código Procesal Penal Alemán StPO. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í. Reforma Penal: Ley Orgánica 5/2010, actualizado a julio 2010. Madrid: Francis Lefebvre, 2010.
- Pacheco, J.F. El Código Penal concordado y comentado, 4ª ed. corr. y aum. Madrid: Manuel Tello, 1870.
- Pacheco, J.F. y Téllez Aguilera, A. El Código penal concordado y comentado. Madrid: Edisofer, 2000.
- Papadopoulos, A.S. The International dimension of EU competition law and policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Paredes Castañón, J.M. El riesgo permitido en Derecho penal: Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas. Madrid: Ministerio de Justicia e Interir, Secretaria general técnica, Centro de Publicaciones, 1995.
- Paredes Castañón, J.M. “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, núm. 11, 2003.
- Parejo Alfonso, L., Palomar Olmeda, A. y Colomer Hernández, I. Derecho de la competencia: estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Madrid: La Ley, 2008.

- Parkin, M. Economía, 8ª ed. Naucalpan de Juárez: Pearson Educación, 2004.
- Pastor Muñoz, N. Los Delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática. Barcelona: Atelier, 2005.
- Perdices de Blas, L. (Coord.) Escuelas de Pensamiento Económico. Madrid: Síntesis, 2006.
- Pérez Navarro, J., Jimeno Pastor, J.L. y Cerdá, E. Teoría de juegos. Madrid: Prentice Hall, 2004.
- Pérez-Espejo Martínez, S. El Derecho penal administrativo en la República Democrática Alemana: examen histórico-crítico. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1995.
- Pérez Fernández, P. “La problemática relación entre los programas de clemencia y las acciones privadas de resarcimiento de los daños derivados de ilícitos antitrust. InDret, Barcelona, núm. 1, 2013.
- Peris Riera, J.M. El Proceso despenalizador. Valencia: Universidad de Valencia, 1983.
- Petitbò Juan, A. “La defensa de la competencia en la época de Internet”, Boletín Latinoamericano de Competencia, núm. 10, 2000.
- Pettersson, T., Carle, J. y Perván Lindeborg, S. Cartel Regulation: getting the fine down in 41 jurisdictions worldwide: Sweden. London: McMillan, Getting the deal through, 2011.
- Phillips, A. Market structure, organization and performance: an essay on price fixing and combinations in restraint of trade. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1962.
- Picod, Y. y Canivet, G. Le Nouveau droit des pratiques restrictives de concurrence. Paris: Dalloz, 2006.

- Piotrowski, R. Cartels and trusts: their origin and historical development from the economic and legal aspects. Philadelphia: Porcupine press, 1978.
- Pitofsky, R. How the Chicago School overshot the mark. Oxford: Oxford University, 2009.
- Posada de la Concha, P. y García de Frutos, S. “Intercambios de información entre competidores: actuaciones de la CNMC en un caso reciente”, en Cases Pallarès, L. (Dir.) "Anuario de la competencia 2014". Madrid: Fundación Ico, Marcial Pons, 2015.
- Posner, R.A. A Failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009.
- Posner, R.A. El Análisis económico del derecho, 2ª ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Posner, R.A. Economic analysis of law, 6ª ed. New York: Aspen, 2003.
- Posner, R.A. “Law and economics is moral”, Valparaiso University Law Review, núm. 24, 1990.
- Posner, R.A. “The Chicago school of antitrust analysis”, University of Pennsylvania Law Review, núm. 127, 1979.
- Posner, R.A. Antitrust law: an economic perspective. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- Presno Linera, M.A. “El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana”, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 34, Madrid, 2014.
- Prieto del Pino, A.M., Soto Navarro, S. y Díez Ripollés, J.L. La Política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada. Valencia: Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2005.

- Prieto del Pino, A.M. y Díez Ripollés, J.L. El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores. Cizur Menor: Aranzadi, 2004.
- Prittwitz, C. “El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?”, en Romeo Casabona, C.M. [et. al.] La insostenible situación del Derecho penal. Granada: Comares, 2000.
- Queralt Jiménez, J.J. Derecho penal español: parte especial, 6ª ed. Barcelona: Atelier, 2010.
- Quintero Olivares, G. Adonde va el derecho penal: reflexiones sobre los Legisladores y los penalistas españoles. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- Quintero Olivares, G., Morales Prats, F. y Tamarit Sumalla, J.M. Comentarios al Código penal español, 6ª ed. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2011.
- Quintero Olivares, G. y Álvarez García, F.J. La Reforma penal de 2010: análisis y comentarios. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
- Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F. Parte general del derecho penal, 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
- Quintero Olivares, G., Morales Prats, F. y Valle Muñiz, J.M. Comentarios al nuevo Código Penal, 4ª edn rev, act y puesta al día. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2005.
- Rando Casermeiro, P. La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Rallo Lombarte, A. “La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador”, en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), Teoría y Realidad Constitucional, núm. 34, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014.

- Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia Española, 23ª ed. Madrid: RAE, 2014.
- Régis Prado, L. y El Tasse, A. *Ordem Econômica e Direito penal antitruste*. Curitiba: Juruá, 2012.
- Régis Prado, L. “Algunos aspectos del proceso legislativo y del control de constitucionalidad de la ley penal en el Derecho brasileño”, en Díez Ripollés, L., Soto Navarro, S y Prieto del Pino, A.M. *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Reich, N. y Galán Corona, E. *Mercado y derecho: teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*. Barcelona: Ariel, 1985.
- Ricardo, D. *Principios de Economía Política y de tributación*, 3ª ed. Madrid: Aguilar, 1959.
- Righi, E. *Derecho penal económico comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- Robinson, P.H., Cancio, M. y Ortiz de Urbina Gimeno, Í. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y en qué medida*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Robles Morchón, G. *La justicia en los juegos: ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- Robles Morchón, G. *La teoría de los juegos: dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- Robles Planas, R. *Estudios de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2014.
- Robles Planas, R. “Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal”, en Von Hirsch, A. Seelmann, K. y Wohlers, W. (Ed. Alemana), Robles Planas, R. (Ed. española), *Límites al Derecho penal*:

- principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.
- Robles Planas, R. “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008”, InDret, núm. 2/2009.
- Rodríguez Estévez, J.M. El Derecho penal en la actividad económica: planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Rodríguez Míguez, J.A. La descentralización administrativa de la aplicación del derecho de la competencia en España: la reforma del sistema español de defensa de la competencia. Madrid: CEU ediciones, 2006.
- Rodríguez Ramos, L. Secundariedad del derecho penal económico. Madrid: Colex, 2001.
- Rodríguez Ramos, L., Martínez Guerra, A. y Colina Oquendo, P, Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 4ª ed. Madrid: La Ley, 2011.
- Romeo Casabona, C.M. (Ed.) Principio de precaución, biotecnología y derecho. Granada: Comares, 2004.
- Romeo Casabona, C.M. [Et. al.] La insostenible situación del Derecho penal. Granada: Comares, 2000.
- Ross, A. Sobre el derecho y la justicia, 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1977.
- Rossi, G. “L’ Antitrust di Mani Pulite”, MicroMega, núm. 1, 2002.
- Roxin, C., Gómez Rivero, M.d.C., García Cantizano, M.d.C. y Muñoz Conde, F. La Evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Roxin, C. y Muñoz Conde, F. Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

- Roxin, C., Schünemann, B. y Silva Sánchez, J.M. El Sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, 2ª ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2012.
- Ruiz Rodríguez, L.R. Sistema penal de protección del mercado y de los consumidores: actas del II Seminario Internacional de Derecho Penal Económico, Jerez, diciembre 2000. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Kinghorn, J.R y Nielsen, R. “A practice without defenders: the price effects of cartelization”, en Grossman, P. How cartels endure and how they fail: studies of industrial collusion. Northampton, Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- Säcker, F. The Concept of the relevant product market: between demand-side substitutability and supply-side substitutability in competition law. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2008.
- Sakkers, E. y Ysewyn, J. European cartel digest. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008.
- Sales i Campos, A. El delito de ser pobre. Una gestión neoliberal de la marginalidad. Barcelona: Icaria, 2014.
- Samuelson, P. y Nordhaus, W. Economía con aplicaciones a Latinoamérica, 19ª ed. México D. F., McGraw-Hill, 2010.
- Sánchez Andrés, A., Sáenz García de Albizu, Juan Carlos, Oleo Banet, F. y Martínez Flórez, A. Estudios de derecho mercantil: en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
- Sánchez Calero, F. Principios de derecho mercantil, 16ª ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2011.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. Instituciones de derecho mercantil, 34ª ed. (7ª en Aranzadi). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

- Sánchez Lázaro, F.G. Política criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda. Granada: Comares, 2007.
- Sanson-Hermitte, M. A. Droit Européen de la Concurrence: cohérence économique sécurité juridique. París: Litec, 1981.
- Santana Vega, D. y Gómez Martín, V. “Arts. 278-289”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dir.), Comentarios al Código penal: reforma LO 5/2010. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Schrager, L. y Short, J. “Toward a sociology of organizational crime”, Social Problems, vol. 25, núm. 4, 1978.
- Schumpeter, J.A. The Theory of economic development: an inquiry into profits, capital, credit, interest, and the business cycle, 2ª ed. New Brunswick, New Jersey: Transaction Books, 1989.
- Schumpeter, J.A. Capitalismo, socialismo y democracia, 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1961.
- Schumpeter, J. A. History of Economic Analysis. Oxford, University Press, 1954.
- Schünemann, B. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1966.
- Schwartz, L. B. “Justice and other non-economic goal of antitrust”, University of Pennsylvania Law Review, núm. 127, 1979.
- Seelman, K. “El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena”, en Hefendehl R. (Ed.), La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Segura, J. Teoría de la economía industrial. Madrid: Civitas, 1993.
- Segura, J. Análisis microeconómico. Madrid: Alianza, 1986.

- Seminara, S. “L’impresa e il mercato”, en Pedrazzi [Et. al.] Manuale di diritto penale dell’impresa. Bologna: Monduzzi, 2000.
- Seminara, S. Insider trading e diritto penale. Milano: Giuffrè, 1989.
- Sen, A.K. Desarrollo y libertad. Barcelona: Planeta, 2000.
- Sen, A.K. Bienestar, justicia y mercado. Barcelona: Paidós, 1997.
- Serrano Gómez, A. y Serrano Maíllo, A. Derecho penal: parte especial, 15ª ed. Madrid: Dykinson, 2010.
- Serrano-Piedecabras, J.R. El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo. Madrid: Colex, 2010.
- Serrano-Piedecabras, J.R. y Demetrio Crespo, E. Cuestiones actuales de derecho penal empresarial. Madrid: Colex, 2010.
- Serrano-Piedecabras, J.R., Demetrio Crespo, E. y Terradillos Basoco, J. Cuestiones actuales de derecho penal económico. Madrid: Colex, 2008.
- Severin, L. Recent developments in relation to economic crimes. Austin: Ladelt Editors, 1991.
- Shepherd, W.G. The Economics of industrial organizations, 3ª ed. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1990.
- Schönke, A. y Schröder, H. Strafgesetzbuch, 59ª ed. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2012.
- Silva Forné, D. “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador”, en Díez Ripollés, J. L., Romeo Casabona, C., Gracia Martín, L. y Higuera Guimerá, J. F. (eds.) La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor Doctor Don Jose Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002.

- Silva Sánchez, J.M. La Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 3ª ed. ampliada. Madrid: Edisofer, 2011.
- Silva Sánchez, J.M. Aproximación al derecho penal contemporáneo, 2ª ed. ampliada y actualizada. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2010.
- Silva Sánchez, J.M. Tiempos de derecho penal: escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía. Madrid: Edisofer, 2009.
- Silva Sánchez, J.M., “La responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, Manuales de Formación Continuada, Consejo Nacional del Poder Judicial, núm. 14, 2001.
- Silva Sánchez, J.M. “El Derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”, Cadernos de Comunicações, Piracicaba, año 5, núm. 2, 2001.
- Silva Sánchez, J.M. Política criminal y persona. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- Silva Sánchez, J.M. “Eficiencia y Derecho penal”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. 49, núm. 1, 1996.
- Silva Sánchez, J.M. “El Derecho Penal bancario en España”, Actualidad Penal, núm. 48, 1994.
- Silva Sánchez, J.M. y Castiñeira Palou, M.T. ¿Libertad económica o fraudes punibles?: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003.
- Silva Sánchez, J. M., Montaner Fernández, R., Varela, L. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2013.
- Silva Sánchez, J.M., Pastor Muñoz, N. El Nuevo Código Penal: comentarios a la reforma. Madrid: La Ley, 2012.

- Silva Sánchez, J.M. y Roxin, C. Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona: Bosch, 1997.
- Silva Sánchez, J.M. y Yacobucci, G.J. Perspectivas sobre la política criminal moderna, Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Silveira, R.d.M.J. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- Smith, A. The Wealth of nations: books I-III, Repr ed. London: Penguin, 1986; 1982.
- Stampa Braun, J.M., Bacigalupo, E. La Reforma del derecho penal económico español: informe sobre el título VIII del proyecto de Código Penal de 1980. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980.
- Stiegler, G. “Perfect competition, Historically Contemplated”, The Journal of Political Economy, vol. 65, núm. 1, 1967.
- Stocking, G. Y Watkins, M. Cartels in action: Case studies in international business diplomacy. New York: The Twentieth Century Fund, 1946.
- Stroux, S. US and EC oligopoly control. The Hague: Kluwer Law International, 2004.
- Stroux, S. Economics of oligopoly: an introduction for lawyers. Firenze: European University Institute. Department of Law, 2002.
- Stucke, M. “Morality and antitrust”, Columbia Business Law Review, vol. 2006, 2006.
- Suárez González, “Aspectos político-criminales de los delitos socio-económicos en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios”, en Corcoy Bidasolo, M. (Dir.)/Lara González, R. (Coord.), Derecho penal de la empresa. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2002.
- Sutherland, E.H. El Delito de cuello blanco: versión completa. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2009.

- Sutherland, E. H. "White-collar criminality", *American Sociological Review*, vol. 5, núm.1, 1940.
- Terradillos Basoco, J. *Estudios sobre derecho penal de la empresa*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- Terradillos Basoco, J. y Acale Sánchez, M. *Temas de derecho penal económico: III Encuentro Hispano- Italiano de Derecho Penal Económico*. Madrid: Trotta, 2004.
- Terradillos Basoco, J. *Derecho penal de la empresa*. Madrid: Trotta, 1995.
- Tiedemann, K. *Manual de derecho penal económico: parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Tiedemann, K. "La competencia como bien jurídico del Derecho penal", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. 2ª ed. Lima: Grigley, 2007.
- Tiedemann, K., *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad: introducción al derecho penal económico, técnica legislativa del derecho penal económico*, 2ª ed. Lima: Grijley, 2007.
- Tiedemann, K. "El Derecho penal en la economía de mercado", en Tiedemann, K. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Idemsa, 2000.
- Tiedemann, K. *Lecciones de Derecho penal económico: (comunitario, español, alemán)*. Barcelona: Promociones y publicaciones universitarias, 1993.
- Tiedemann, K. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*, 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1985.
- Tiedemann, K. *Kartellrechtsverstösse und Strafrecht*. Köln: Carl Heymann, 1976.
- Tiedemann, K. y Nieto Martín, A. *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*. Cuenca: Universidad de Castilla-la Mancha, 2003.

- Tigre Maia, R. Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Tilton, M. C. “The difference government policy makes: the case of Japan”, en Grossman, P. Z. How cartels endure and how they fail. Studies of industrial collusion. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2004.
- Torrelles Torrelles, J. “El intercambio de información entre competidores en las nuevas directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal”, en Cases Pallares, L. (Dir.), Anuario de la competencia 2010. Cerdanyola del Vallès: Servei de Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona, 2011.
- Trebilcock, M.J. The Common law of restraint of trade: a legal and economic analysis. Toronto: Carswell, 1986.
- Trigo, J. “Defensa de la competencia: ¿Por qué y cómo?”, en Cases Pallares, L. (Dir.), Anuario de la competencia 2010. Cerdanyola del Vallès: Servei de Publicacions Universitat Autònoma de Barcelona, 2011.
- Trigo Portela, J. y Drudis, A. Alianzas estratégicas, Barcelona: Gestión 2000, 1999.
- Ulhoa Coelho, Direito antitruste brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995.
- Valdecabres Ortiz, M.I Estudio comparativo de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, del nuevo Código Penal y el derogado texto refundido de Código Penal de 1973. Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, 1996.
- Valero Lozano, N. El Régimen jurídico del crédito público en la Ley concursal. Madrid: La Ley, 2007.
- Van Bael, I. y Bellis, J. F. Competition law of the European Community, 5ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.
- Van den Bergh, R. y Camesasca, P.D. European competition law and economics: a comparative perspective. Antwerpen: Intersentia, 2001.

- Vega-Redondo, F. *Economics and the theory of games*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2003.
- Velasco San Pedro, L.A. *Diccionario de derecho de la competencia*. Madrid: Iustel, 2006.
- Versele, S. Las “cifras doradas” de la delincuencia, resumen de una presentación hecha ante el Consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, Bruselas, 1976.
- Vicent Chuliá, F. *Introducción al derecho mercantil*, 22ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Vogel, J. “Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una política criminal racional”, en Díez Ripollés, J. L., Prieto del Pino, A.M. y Soto Navarro, S. (Eds.), *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Vogel, L. *Droit de la concurrence*. Paris: LawLex, 2005.
- Vogelaar, F.O.W. y Shuerman, M. *The European competition rules: landmark cases of the European courts and the Commission*. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2004.
- Vogelaar, F.O.W., Shuerman, M. y Russo, F. *The European competition rules: landmark cases of the European courts and the Commission*, 2ª ed. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2007.
- Vonortas, N. y Jang. Y. “Collaborate to Collude? Multimarket and multiproject contact in R&D”, en GROSSMAN, P. Z. *How cartels endure and how they fail. Studies of industrial collusion*. Cheltenham, Northampton: Edward Elgar, 2004.
- Waldron, J. “Vagueness in Law and Language: some Philosophical Issues”, *California Law Review*, núm. 82, 1994.
- Walsh, D. “Carrots and sticks – Leniency and fines in EC cartel cases”, *European Competition Law Review*, núm. 39, 2009.

- Wamser, F. Enforcement of antitrust law: a comparison of the legal and factual situation in Germany, the EEC, and the USA. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994.
- Ward, A. y Hernández Saseta, C. “Una Revolución para la Defensa de la Competencia en España”, en Creus Carreras, A. (Coord.), La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Madrid: Asociación Española de Defensa de la Competencia, 2008.
- Wardhaugh, “The Cartel Offence within a ‘World Class’ Competition Regime: An Assessment of the BIS Consultation Exercise”. Newcastle upon Tyne: The BIS Consultation on a Competition Regime for Growth: One Year On, Newcastle Law School, 13 de abril de 2012.
- Weber, M. Economía y sociedad. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1977.
- Weden, G.J. “Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the crime, European Competition Journal, marzo, 2009.
- Werden, G.J., Hammon, S.D. y Barnett, B.A. Recidivism Eliminated: cartel enforcement in the United States since 1999. Washington, D.C.: Georgetown Global Antitrust Enforcement Symposium, 22 de septiembre de 2011.
- Whelan, P. “BIS, the Cartel Offence and Option 4”. Newcastle upon Tyne: The BIS Consultation on a Competition Regime for Growth: One Year On, Newcastle Law School, 13 de abril de 2012.
- Whish, R. Competition law, 6ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Whish, R. y Bailey, D. Competition Law, 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Wils, W.P.J. “Is criminalization of EU competition law the answer?” en Ehlermann, C. D. y Atanasiu, I. (Eds.) European competition Law Annual 2006: Enforcement of prohibition of cartels. Oxford, Portland: Hart, 2007.
- Wils, W.P.J. The Optimal enforcement of EC antitrust law. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

- Wolter, J., Freund, G. y Benlloch Petit, G. El Sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- Yacobucci, G.J., Laporta, M.H. y Ramírez, N.D. Derecho penal empresario. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f., 2010.
- Zabala López-Gómez, C. Los delitos bursátiles. Madrid: La Ley, 2011.
- Zadeh, L.A. y Kacprzyk, J. Computing with words in information-intelligent systems. Heidelberg: Physica-Verlag, 1999.
- Zadeh, L.A., Quevedo, J., Aguilar Martin, J. “The Evolution of fuzzy set theory and its applications”, European Workshop on Industrial Fuzzy Control & Applications, Escola Tècnica Superior d'Enginyers Industrials de Terrassa y Universitat Politècnica de Catalunya, 1993.
- Zadeh, L.A. “Fuzzy Sets”, Informations and control, núm. 8, 1965.
- Zaffaroni, E.R. En torno de la cuestión penal. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de f, 2005.
- Zanotta, P. y Brancher, P. (Org.) Desafios atuais do Direito da concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2008.
- Zipf, H. Introducción a la política criminal. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.
- Zúñiga Rodríguez, L. “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una ‘administrativización’ del Derecho penal o una ‘penalización’ del Derecho administrativo sancionador?”, en Arroyo Zapatero, L. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coords.), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, vol. 1. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, 2001.
- Zúñiga Rodríguez, L. Política criminal. Madrid: Colex, 2001.

Zúñiga Rodríguez, L., Gorjón Barranco, M. C. y Fernández García, J. La Reforma penal de 2010. Salamanca: Ratio Legis, 2011.

Zurimendi Isla, A. “El modelo más eficiente en la regulación de las restricciones verticales”, en InDret, Barcelona, 1/2007.

Otros materiales:

Andrews, E.L. “Greenspan concedes error on regulation”, New York Times, 23 de octubre 2008 (www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html).

Bornstein, F. “Los inspectores de Hacienda no pueden entrar sin permiso en las oficinas de las empresas” 27 de marzo de 2012 (<http://www.cuartopoder.es/luzdecruce/los-inspectores-de-hacienda-no-pueden-entrar-sin-permiso-en-las-oficinas-de-las-empresas/3166>).

Comisión Europea, La Comisión impone multas a los carteles de vitaminas, Bruselas, 21 de noviembre de 2001 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/1625&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>).

Comisión Nacional de la Competencia, Memoria de actividades 2012-2013 (file:///C:/Users/isa_t_000/Downloads/CNC%20Memoria%20de%20Actividades%202012-%202013..pdf).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, “La CNMC incoa expediente sancionador contra Pfizer, S.L.U. por posibles prácticas restrictivas de la competencia”, Nota de prensa, 05 de marzo de 2015 (<http://www.cnmc.es/CNMC/Prensa/TabId/254/ArtMID/6629/ArticleID/1135/La-CNMC-incoa-expediente-sancionador-contr-Pfizer-SLU-por-possibles-pr225cticas-restrictivas-de-la-competencia.aspx>).

Comisión Nacional de los mercados y de la Competencia (CNMC), Guía sobre contratación pública y competencia (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, “La CNC multa a las cinco principales compañías eléctricas del país”, Nota de Prensa, 13 de mayo de 2011 (file:///C:/Users/isa_t_000/Downloads/2011%2005%2013%20NOTA%20DE%20PRENSA%20Unesa.pdf).

Competition and Markets Authority, Cartel Offence prosecution guide, CMA9, Marzo, 2014 (https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288648/CMA9__Cartel_Offence_Prosecution_Guidance.pdf).

Congreso de los Diputados, Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobado ya por el Congreso de los Diputados (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_574_3899.PDF).

Consejo General del Poder Judicial, La Justicia data a dato 2013: estadística judicial, (file:///C:/Users/isa_t_000/Downloads/20160616%20Justicia%20Dato%20a%20dato%202013_v4%20(1).pdf).

Department of Justice “Antitrust Division Criminal Enforcement Update” (<http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2014/criminal-program.html>).

Estefanía, J. “Corderos balando en el desierto. Los gastos de las tarjetas opacas de Caja Madrid, al detalle”, El País, Economía, edición de 13 de octubre de 2014 (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/12/actualidad/141314566_984823.html).

Évole, “Oligopoly: El juego de la energía”, Salvados, La Sexta, 18 de noviembre de 2012 (www.lasexta.com/videos/salvados/2012-noviembre-18-2012111600028.html).

Fiscalía Nacional Económica, sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia núm. 119/2012, de 31 de enero de 2012

(http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf).

Fiscalía Nacional Económica, sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema, de 7 de septiembre de 2012 (http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/09/csse_03_2012.pdf)

Fox, E. European Competition Forum, Bélgica, 2 de febrero del 2012 (http://webcast.ec.europa.eu/eutv/portal/_v_fl_300_en/player/index_player.html?id=14089&pId=14068).

Instituto Nacional de Estadística, Notas de prensa, 26 de septiembre de 2014, Estadística de condenados: Adultos/Estadística de condenados: Menores, Año 2013 (<http://www.ine.es/prensa/np863.pdf>).

Kroes, N. Tacking cartels –a never-ending task, Brasilia, 8 de octubre de 2009, (<http://europa.eu./rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/09/454&type=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

Office of Fair Trading, CE/4327-04, Construction industry in England, abril, 2008
(http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/decisions/bid_rigging_construction).

Poder Judicial Chile, sentencia del 4º Tribunal de juicio oral en lo Penal de Santiago, de 28 de julio de 2015, caso farmacias (<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/Sentencia+4TOP+Farmacias.pdf/fde5df4c-e52c-4612-83d1-cd3bd2c47803>).

Segura, J. “Sobre políticas de oferta”, El País, Opinión, edición de 6 de diciembre de 1999 (<http://elpais.com/diario/1999/12/06/opinion/>).

Stephan, A. “The UK cartel offence: farewell dishonesty...”, Competition Law and Policy blog by the ESRC Centre for Competition Policy (<http://competitionpolicy.wordpress.com>).

Stephan, A. “Oxford workshop suggests appetite for cartel criminalization may be waning”, Competition Law and Policy, blog ESRC - Centre for

Competition

Policy

(<http://competitionpolicy.wordpress.com/2009/11/30/oxford-workshop-suggests-appetite-for-cartel-criminalisation-may-be-waning/>).

Swedish Competition Authority, Annual report 2013
(<http://www.kkv.se/globalassets/english/annual-report-25mb.pdf>).

Varney, C.A. Vigorous antitrust enforcement in this challenging era. Remarks as prepared for the United States Chamber of Commerce, 12 de mayo de 2009, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice (<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.htm>).

Whelan, P. “BIS and the cartel offence: a reasonable attempt to compensate for the rejection of dishonesty”, Competition Law and Policy blog by the ESRC Centre for Competition Policy
(<http://competitionpolicy.wordpress.com>).

“Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores”, El País, Economía, edición de 24 de febrero de 2013
(http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html).

“Competencia eleva las multas en un 88% durante el último año con 454 millones”, El País, Economía, edición de 4 de octubre de 2013
(http://economia.elpais.com/economia/2013/10/04/actualidad/1380881040_884248.html).

“Competencia multa con 32,4 millones a cinco petroleras por pactar precios”, El País, Economía, edición de 25 de febrero de 2015
(http://economia.elpais.com/economia/2015/02/25/actualidad/1424859682_727919.html).

“Solo 615 de los 64.000 reclusos están en la cárcel por delitos económicos”, El País, Economía, edición de 17 de octubre de 2014
(http://economia.elpais.com/economia/2014/10/17/actualidad/1413539705_453130.html).

“El Gobierno crea una sanción de hasta 30.000 euros por ‘ofensas a España’”, El País, Política, edición de 29 de noviembre de 2013

(http://politica.elpais.com/politica/2013/11/29/actualidad/1385720888_697122.html).

“El nuevo regulador de Competencia asegura que multar es un ‘fracaso’”, El País, Economía, edición de 22 de noviembre de 2013 (http://economia.elpais.com/economia/2013/11/22/actualidad/1385121033_240131.html).

“Ethics cannot justify fixing the highest prices for medicine”, L’Osservatore Romano, edición de 11 de julio de 2011. ([http://www.catholicculture.org/docs/doc_view.cfm?recnum=3966&longdesc.](http://www.catholicculture.org/docs/doc_view.cfm?recnum=3966&longdesc;)).

“La policía podrá usar troyanos para investigar ordenadores y tabletas”, El País, Sociedad, edición de 3 de junio de 2013 (http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/03/actualidad/1370289646_865495.html).

“Las grandes cadenas se comen al pequeño comercio y lo dejan al borde de la ruina”, El Confidencial, edición de 17 de julio de 2013 (<http://www.elconfidencial.com/economia/2013/02/04/las-grandes-cadenas-se-comen-al-pequeno-comercio-y-lo-dejan-al-borde-de-la-ruina-114196>).

“Las nuevas coordenadas de la CNMC. Las sentencias del Supremo revolucionan la dinámica del organismo que vela por la competencia en España ante las futuras sanciones por conductas ilícitas”, *El País*, Empresas & Sectores, edición de 29 de marzo de 2015.

“Los camioneros bloquean las calles contra las liberalizaciones de Monti”, El País, Internacional, edición de 23 de enero de 2012 (http://internacional.elpais.com/internacional/2012/01/23/actualidad/1327349191_861405.html).

“Los ingresos en prisión por delito fiscal aumentan un 63% desde 2012”, El País, Economía, edición de 06 de octubre de 2014 (http://economia.elpais.com/economia/2014/10/05/actualidad/1412528446_760625.html).

“Osborne to replace Serious Fraud Office with super agency”
(<http://www.telegraph.co.uk/news/election-2010/7629536/Osborne-to-replace-Serious-Fraud-Office-with-super-agency.html>).

“Taiwan-based Au Optronics corporation sentenced to pay \$500 million criminal fine for role in LCD price-fixing conspiracy”, Department of Justice.(http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/287189.pdf).

“Un grupo de empresas se repartió 33 años el mercado de los sobres electorales”, El País, Economía, edición de 01 de abril de 2013, (http://economia.elpais.com/economia/2013/04/01/actualidad/1364811046_216765.html).

TABLA DE SENTENCIAS Y DECISIONES

T.1 ESPAÑA

EXPEDIENTES CNC/CNMC

- 1) 395/97 Panaderías Aranda de Duero
- 2) 582/04 Autoescuelas Extremadura
- 3) 588/05 Distribuidores Cine
- 4) 615/06 Gesa Faz/Infocal 2
- 5) 617/06 Cajas Vascas y Navarra
- 6) 635/07 Colegio Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas
- 7) 629/07 Colegio Arquitectos Huelva
- 8) 623/07 Transportes Barcelona
- 9) 641 a 645/08 Céntrica/Edesa-Unión Fenosa-Electra de Vesgo-Iberdrola-Hidrocantábrico
- 10) 648/08 Hormigones de Cantabria
- 11) 652/08 BP-Cepsa-Repsol
- 12) 2805/07 Empresas Estibadoras
- 13) S/0037/08 Compañías Seguro Decenal
- 14) S/0014/07 Gestión Residuos Sanitarios
- 15) S/0084/08 Fabricantes Gel
- 16) S/0006/07 AVS, Mediapro, Sogecable, Clubs Fútbol

- 17) S/0091/08 Vinos Finos de Jerez
- 18) S/0080/08 Navieras Línea Cabotaje Ceuta-Algeciras
- 19) S/0181/09 Conserveras
- 20) S2761/07 Asociación Editores Diarios Españoles
- 21) S/0185/09 Bombas de Fluidos
- 22) S/0226/10 Licitaciones carreteras
- 23) S/0192/09 Asfaltos
- 24) S/0251/10 Envases hortofrutícolas
- 25) S/0154/09 Montesa Honda
- 26) S/0179/09 Hormigón y productos relacionados
- 27) S/0280/10 Suzuki-Honda
- 28) S/0237/10 Motocicletas
- 29) S/0317/10 Material de archivo
- 30) S/0342/11 Espuma poliuretano
- 31) S/0329/11 Asfaltos Cantabria
- 32) S/0316/10 Sobre de papel
- 33) S/0383/11 Transporte sanitario Conquense
- 34) S/0380/11 Coches de alquiler
- 35) S/0402/12 Espuma elastomerica

- 36) S/0397/12 Transportes Madrid
- 37) S/0410/12 Ascensores
- 38) S/0425/12 Industrias lácteas
- 39) S/0486/13 Concesionarios Toyota
- 40) S/0489/13 Concesionarios Opel
- 41) S/0550/14 Repsol-Petrocat
- 42) REc. 0450/2009 Spain Pharma SA v. Pfizer-CNC

SENTENCIAS – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y PENAL

- 1) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 333/2015, Sección 3ª, de 09 de febrero 2015 (ponente Maria Isabel Perello Domenech) (Id. Cendoj 28079130032015100037)
- 2) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 281/2015, Sección 3ª, de 05 de febrero 2015 (ponente Jose Manoel Brandés Sánchez-Cruzat) (Id. Cendoj 28079130032015100033)
- 3) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 236/2015, Sección 3ª, de 30 de enero 2015 (ponente Eduardo Calvo Rojas) (Id. Cendoj 28079130032015100025)
- 4) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 112/2015, Sección 3ª, de 29 de enero 2015 (ponente Manoel Campos Sánchez-Bordona) (Id. Cendoj 28079130032015100017)
- 5) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 86/2015, Sección 3ª, de 19 de enero 2015 (ponente Eduardo Espin Templado) (Id. Cendoj 28079130032015100014)
- 6) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 15/2015, Sección 3ª, de 16 de enero 2015 (ponente Manoel Campos Sánchez-Bordona) (Id. Cendoj 28079130032015100001)

- 7) STS, Sala de lo Contencioso, núm. 113/2015, Sección 3ª, de 16 de enero 2015 (ponente Eduardo Espin Templado) (Id. Cendoj 28079130032015100018)
- 8) SAP Castellón, Sección 2ª, de 4 de enero 2012 (ponente José Luis Antón Blanco) (JUR\2012\166246)
- 9) STS, Sala de lo Penal, núm. 699/2012, Cuestión de Competencia, de 24 de enero 2012 (ponente Joaquin Gimenez Garcia) (ATS 699/2012)
- 10) Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción nº 2, Auto de 30 de agosto 2011, Rec. 46/2011 (ponente Ismael Moreno Chamarro) (LA LEY 165396/2011)
- 11) SAP Madrid, Sección 16ª, Auto de 3 de septiembre 2010, rec. 571/2010 (ponente Miguel Hidalgo Abia) (LA LEY 155359/2010)
- 12) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 30 de junio 2009, rec. 492/2008 (ponente Joaquín Delgado García) (LA LEY 112745/2009)
- 13) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Auto de 02 de diciembre 2009 (ponente Joaquín Giménez García) (LA LEY 247509/2009)
- 14) STS, Sala de lo Penal, núm. 1784/2008, Sentencia de 7 de mayo 2008 (ponente José Manuel Maza Martín) (Id Cendoj 280791200120081001195)
- 15) SAP Madrid, Sección 7ª, Auto núm. 1104/2008 de 9 diciembre 2008 (ponente Ana María Ferrer García) (ARP\2009\529)
- 16) SAP Almería, Sección 2ª, Sentencia núm. 114/2007, de 20 de abril 2007 (ponente Manuel Espinosa Labella) (ARP\2007\340)
- 17) SAN, Sala de lo Penal, Sección 1ª, Sentencia de 23 de junio 2006, Rec. 11/2004 (ponente Manuela Francisca Fernández Prada) (LA LEY 80133/2006)
- 18) SAP Valladolid, Sección 4ª, Sentencia de 19 de abril 2005, rec. 261/2005 (ponente María Teresa Gonzáles Cuartero) (LA LEY 87275/2005)

- 19) SAP Barcelona, Sección 7ª, Auto de 25 de octubre 2005, rec. 310/2005 (ponente Fernando Jerónimo Valle Esqués) (LA LEY 207354/2005)
- 20) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 575/2004, de 11 de mayo de 2004 (ponente Juan Saavedra Ruiz) (RJ\2005\5212)
- 21) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia núm. 447/2003, de 11 de mayo 2004 (ponente Juan Saavedra Ruiz) (LA LEY 11499/2005)
- 22) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia núm. 504/2003, de 2 de abril 2003 (ponente Andrés Martínez Arrieta) (LA LEY 12755/2003)
- 23) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia núm. 702/2003, de 30 de mayo 2003 (ponente Joaquín Giménez García) (LA LEY 96578/2003)
- 24) SAP A Coruña, Sección 6ª, Sentencia núm. 23/2002, de 12 de febrero 2002 (ponente José Ramón Sánchez Herrero) (LA LEY 33238/2002)
- 25) SAP Málaga, Sección 1ª, Sentencia núm. 74/2002, de 24 de mayo de 2002 (ponente José Godino Izquierdo) (JUR\2002\158722)
- 26) SAP León, Sección 2ª, Sentencia núm. 115/2001, de 21 diciembre de 2001 (ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez) (ARP\2002\285)
- 27) SAP Madrid, Sección 17ª, Sentencia núm. 68/2001, de 21 de febrero de 2001 (ponente Javier Martínez Lázaro) (ARP\2001\1389)
- 28) SAP Madrid, Sección 2ª, Sentencia de 15 febrero 1999 (ponente María del Pilar de Prada Bengoa) (LA LEY 31971/1999)
- 29) SAP Zaragoza, Sección 3ª, Sentencia núm. 359/1999, de 7 septiembre 1999 (ponente Javier Casamayor Pérez) (ARP\1999\2604)

- 30) SAP Burgos, Sección 1ª, Sentencia de 20 de septiembre 1999 (ponente Francisco Manuel Marín Ibáñez) (ARP\1999\3511)
- 31) SAP Albacete, Sección 2ª, Sentencia 1118/1998, de 22 de octubre 1998 (ponente Diego Gómez Iniesta) (ARP\1998\4047)
- 32) SAP Jaén, Sección 1ª, Sentencia núm. 201/1996, de 21 de enero 1997 (ponente María Lourdes Molina Romero) (ARP\1997\32)
- 33) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 549/1997, de 26 de abril 1997, rec. 3251/1995 (ponente Joaquín Martín Canivell) (RJ\1997\3374 y LALEY 6930/1997)
- 34) SAP Palencia, Rec. 29/1997, de 19 mayo 1997 (ponente Angel Santiago Martínez García) (LA LEY 8596/1997)
- 35) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 692/1997, de 7 noviembre 1997 (ponente Francisco Soto Neto) (RJ\1997\8348 y LALEY 80/1998)
- 36) SAP Barcelona, Sección 6ª, Sentencia núm. 33/1996, de 14 de febrero 1996 (ponente José Luis Florensa Labazuy) (ARP\1996\80)
- 37) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia núm. 2596/1995, de 7 de noviembre 1997 (ponente Francisco Soto Nieto) (LA LEY 80/1998)
- 38) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia núm. 3251/1995, de 26 de abril 1997 (ponente Joaquín Martín Canivell) (LA LEY 6930/1997)
- 39) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 26 de abril 1997 (ponente Joaquín Martín Canivell) (LA LEY 90752-JF/0000)
- 40) SAP Teruel, Sentencia de 30 octubre 1993 (ponente José Antonio Ochoa Fernández) (LA LEY 4791/1993)

- 41) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 2907/1991, de 25 de junio 1993 (ponente José Antonio Martín Pallín) (RJ\1993\5244)
- 42) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 2962/1993, de 30 diciembre 1993 (ponente Ramón Montero Fernández-Cid) (RJ\1993\9822 y LA LEY 2299/1994)
- 43) STS, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 314/1992, de 1 de junio de 1992 (ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) (RJ\1992\4740 e LA LEY 14822-R/1992)
- 44) STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 9 julio 1991 (ponente Querol Giner) (LA LEY 8034/1991)
- 45) SAP Zaragoza, Sección 1ª, Sentencia de 5 noviembre 1991 (ponente Fernando Zubiri de Salinas) (LA LEY 9653/1991)
- 46) SAP Barcelona, Sección 2ª, de 24 de diciembre 1990 (ponente Antonio Moya Garrido) (LA LEY 179661-NS/0000)
- 47) STC, Sentencia 76/1990 (Pleno), B.O.E. núm. 129, Suplemento, 30 mayo 1990
- 48) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 21 de octubre 1988 (ponente Enrique Ruiz Vadillo) (LA LEY 55649-JF/0000)
- 49) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 26 de octubre 1988 (ponente José Hermenegildo Moyna Ménguez) (RJ\1988\8397 y LA LEY 55683-JF/0000)
- 50) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 3 octubre 1986 (ponente Luis Vivas Marzal) (RJ\1986\5474 y LA LEY 78984-NS/0000)

51) STS, Sala de lo Penal, Sección 2ª, Sentencia de 9 octubre 1985 (ponente Fernando Cotta y Márquez de Prado) (LA LEY 10373-JF/0000 y RJ\1985\4970)

52) STS, Sentencia de 11 de noviembre 1983 (ponente Martín Jesús Rodríguez López) (RJ\1983\5483)

53) STS, Sentencia de 2 de octubre 1979 (ponente Manuel García Miguel) (RJ\1979\3315)

T.2 UNIÓN EUROPEA

COMISIÓN DE COMPETENCIA

1) 48/69 *ICI v. Commission (Dyestuffs)* 1972 ECR 619

2) Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111 & 113-114/73 *European Sugar Industry*, 1975, ECR 1663 (summary of judgment)

3) *Meldoc* Commission decision 86/596/EEC, 1986, OJ 348/50

4) *FEG* Commission decision 2000/117/EC, 2000, OJ L 39/1

5) *Julien v. Van Katwijk*, Comm., Bulletin 12-1970, Ch. 1, section 4

6) *Heating pipes*, Comm. Press Release (IP/98/917), full decision published in, 1999, OJ L 24/1

7) *The vitamin cartel*, Comm. Press Release (IP/OI/1625), full decision published in, 2003, OJ L 6/1

8) *Citric Acid*, Comm. Press Release (IP/OI/1743), full decision published in, 2002, OJ L 239/18

- 9) T-224/00 *Archer Daniels Midland*, 2003, ECR ii-2597
- 10) Joined cases T-236/OI, T-239/OI, T-244/OI to T-246/OI, T-251/OI nad T-252/OI, *Graphite electrodes cartel*, 2004, ECR 11-1981
- 11) *UK Tractors* Commission decision 92/157/EEC, 1992, OJ L 68/19
- 12) C-49/92, *Commission v. Anic*, 1999, ECR 1-4125
- 13) *Floral* Commission decision 80/182/EEC, 1980, OJ L 39/51
- 14) *ANSAC*, Commission decision 91/301/EEC, 1991, OJ L 152754

T.3 NORTEAMERICA

TRIBUNAL SUPREMO

- 1) US v. Trans-Missouri Freight Association 166 US 290 (1897)
- 2) Standard Oil C. of New Jersey v. United States (1911)
- 3) Easter States Retail Lumber Dealers Assn v. United States (1914)
- 4) Appalachian Coals et al. v. US (1939)
- 5) Interstate Circuit v. US 360 US 208 (1939)
- 6) US v. Socony-Vacuum Oil Co. Inc. 310 US 150 (1940)
- 7) US v. Aluminium Company of America (ALCOA) 148 F 2d 416 (92d Cir) (1945)

- 8) United States v. Paramount Pictures (1948)
- 9) Universal Camera Corp. v. National Labour Relations Board 340 US 474 (1951)
- 10) C-O Two Fire Equipment Co v. US 197 F 2d 489 (9th Cir.) (1952)
- 11) Theatre Enterprises v. Paramount Film Distributing Corporation (1954)
- 12) Pittsburg Plate Glass v. US 260 F 2d 397 (4th Cir.) (1958)
- 13) Brown Shoe Co. v. United States (1962)
- 14) Continental Ore Co v. Union Carbide and Carbon Corp. 370 US 690 (1962)
- 15) United States v. Aluminium Company of America (1964)
- 16) FTC v. Procter and Gamble Co. (1967)
- 17) Goldfarb v. Virginia State Bar (1975)
- 18) Monsanto v. Sprayrite 104 SCR 1551 (1984)
- 19) Re Petroleum Products Litigation 906 F 2d 432 (9th Cir.) (1990)
- 20) US v. Nippon Paper Industries 109 F 3d 1 (1st Cir.) (1997)

OTROS TRIBUNALES NORTEAMERICANOS

- 1) United States v. Addyston Pipe and Steel Co. (1899)

- 2) United States v. General Motors Corporation (1941)
- 3) United States v. Aluminium Company of America (1945)
- 4) Pevely Dairy Co. v. United States (1949)
- 5) United States v. United States Alkali Export Assn. (1949)
- 6) Milgram v. Loew's (1951)
- 7) Schwegmann Brothers v. Calvert Distillers Corporation (1951)
- 8) United States v. United Shoe Machinery (1953)
- 9) United States v. Ford Motor Co. (1968)

